الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

جامعـــة الجـــزائـر
كلية الحقوق والعلوم الإدارية
بن عـكنون

عـــــقد الصــــــلح

دراسة مقارنـة بين القانون المدني والشريعة الإسلاميـة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية

إعداد الطالب

الطـاهر بـرايك

تحت إشراف

الدكتورة نادية فضيل

لجنة المناقشة :

الأستاذ رئيسا
الأستاذ مقررا
الأستاذ عضوا

2002/2001

بســـــم اللـــه الرحمـــن الرحيـــــم

وبـــه أستعيـــن

قال الله تبارك وتعالى:

" لقد جاءكم رسول من أنفسكم عزيز عليه ما عنتم حريص عليكم بالمؤمنين رؤوف رحيم
فإن تولوا فقل حسبي الله لا إله إلا هو عليه توكلت وهو رب العرش العظيم"

الآيتان الأخيرتان من

سورة التوبة

الإهـــــداء

إلــى روح مــن غــرس فــي منــذ الــصغر حــب الحبيــب المــصطفى صــــلى الله عليـــه وســـلم ، عالمـــا متيقنـــا أن مـــن أحـــب رســـول الله صلى الله عليه وسلم أحب كــل كامل وجمــــيل ...

إلى من رباني وعلمنـــي وأرشــدني وأحبــني .

إلـــى مـــن وهبنـــي روحـــه وقلبـــه وجوارحـــه فـــي ســـبيل العلـــم وحب الخيــر للنـــاس .

إلى من كان يــأمل أن يراني حاملا أسـمى الشهادات وأرقــى الرتـب .

إلى والـــدي وبهجة روحـي وحبـي على الدوام ما حيـــيت :

المربي الكامل والسيد الفاضــل الحاج أبي القاسم محمد برايك

- رضي الله عنه ونور قبره وقدس سره -

إلى المتفــردة بالحنان والعطف بــين الناس جميــعا .

إلــى مـن فـضلتــني بكـل شــيء علــى كـل شــيء مــــن أجـل أن تـصبح بي قريرة العــين.

إلى من ربتنـــي صغيرا وأعانتــني كبيرا ، ولا تــزال ......

إلـــى المعنيـــة بـــأكثر دعـــائي وألـــح تـــضرعي للمــولى عـــز وجـــل بالحفظ والصحـــة والعافــية ورضــاها عني .

إلى أمـــي ووالدتي حفظهــا الله ورعــاها .

إليهما أهدي هذا الجهد المتواضع

تشكــرات

قال الله عز وجل : (هل جزاء الإحسان إلا الإحسان)
إن من أسمى الأعمال وأبلغ الأقوال ، إعتراف المرء بالجميل لمن أسدى إليه معروفا قولا وعملا ولو بالشيئ اليسير .
ولذلك فإنني أتقدم لجملة من الأقرباء والزملاء بأصدق معاني الشكر وأخلص عبارات الثناء .
إلى الأستاذة نادية فضيل ـ حفظها الله تعالى ـ التي تلقيت عنها سنوات الليسانس وسداسيات الماجستير وفترات هذا البحث الموجز .
فلها مني جزيل الشكر على كل شيء عموما وعلى إشرافها وعنايتها بالبحث خصوصا .
إلى قرة عيني وسلوتي في الدنيا والمشدود به أزري والمشرك في أمري ، إلى أخي في الدين والدنيا والآخرة السائر في طريق الحق و العدل ، إلى الصفي المحبوب محمد أبي القاسم برايك جازاك الله خيرا وحفظك وفتح عليك بنوره.
إلى من آزرني وأعانني وشجعني على التحصيل والمعرفة . . .
عوض أبي وعمدة رأيي الحاج محمد خشبة - حفظه الله وأطال في عمره ـ
أشكرك على كل شيء في البدء والختام . . .
إلى أخي المخلص بالوفاء والمعونة الأستاذ والمحامي البشير العقون ـ حفظه الله ـ فإني أشكره بكامل الامتنان صادقا لا متكلفا على كل ما أسداه إلي من أجل التفرغ لهذا البحث المتواضع وإعداده .
إلى إخوتي حقا على الدوام ماحييت ، ومحل دعائي بالحفظ والستر والتوفيق :
جمال ، سمير ، فوزي ، رضوان ....أشكركم جزيل الشكر.
إلى الأستاذة المحامية والأخت الوفية منيرة جربوعة ـ بارك الله فيها ـ أشكرك لأنك أعنت وسهلت وأخلصت منذ أمد بعيد ....
لكل إخواني من أهل الطريقة الشاذلية ولكل أعيان وعلماء ومثقفي بلدتي الاغواط .
كما أتقدم بجزيل الشكر لكل من أعانني وشجعني وأمدني بالدعاء .

أشكر الجميع على كل شيء ، وجزاهم الله عني كل خير .

تمهيـــــــــــد

يقول الحق سبحانه و تعالى في كتابه العزيز :
(تبارك الذي بيده الملك و هو على كل شيء قدير الذي خلق الموت و الحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا وهو العزيز الغفور **)** .[1]
إن المرء خلق في الحياة ليستظهر أفعاله و أعماله و ليرى مدى توافقها مع ميزان العدل و الإنصاف و ذلك بمنظور الشرع و العقل و القانون ، ومن ثم تصفو الأعمال المقبولة وذات الفائدة له و للعباد عمّا سواها .
وعلى ذلك فإن الإنسان مكلف بجملة من الأحكام و التكاليف تتنوع إلى أحكام عقائدية و خلقية و عملية .

[1] / الآيتان 1 ، 2 من سورة الملك .

و الأحكام العملية هي ما أوجبه الشرع على المكلف من عبادات و معاملات .
و مجال المعاملات ـ إذ هي مقصود هذه الدراسة - ما كان متعلقا بتعامل الفرد مع غيره و من يحيط به سواء ما تعلق منها بالمصالح المالية و غيرها ، و ما ينتج عن هذه المعاملات من مراكز قانونية لأصحابها .
و لا شك أن حركة الإنسان لا تكون في وضعها الملائم دون تعامله مع غيره ، فالمدنية بمظهر المجتمع هي المحيط المناسب للمعاملات .
غير أن تداول التعامل بين الأفراد ـ مع غير ذلك من الأسباب ـ يجعل من النظرتين الشرعية و القانونية لهذه المعاملات تكون مقتصرة على أمرين : أولهما : تنظيم هذه المعاملات بالأحكام و القواعد الملائمة لها .
وثانيهما : وضع الحلول و المخارج المناسبة للمشاكل التي تكدر صفاء هذه المعاملات .
وهذا الوجه هو الذي يكون محل الاهتمام في الشرع و القانون ، وذلك لأن أحكام هذه المعاملات لا تظهر إلاّ في حالة التنازع بين الأفراد الذين يجمعهم هذا التصرف ، فالاختلاف حول وجهات النظر وعدم الاتفاق على بعض المسائل أو كلها يقود إلى ضرورة فض هذه المشاكل بالاحتكام إلى القضاء أو المحكمين أو إلى بعض من هم معنيون بفض النزاعات .
و من هذا المنظور يظهر التلازم و الارتباط بين النزاع و اللجوء إلى القضاء ، إذ أن الجهات القضائية و على اختلاف درجاتها معنية بتناول القضايا أو المسائل التي يرفعها المتقاضون في حالة عدم الاتفاق حولها و وجود النزاع بشأنها إمّا في أحقيتها أو طبيعتها أو لرسم معالمها القانونية .
فالقاضي ملزم بفض النزاع بين المتخاصمين لديه ، و ذلك بتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بهذه المسألة ، على أن يصير الحكم الذي يصدره لصالح أحدهما بصورة تامة أو جزئية ، بما يفيد في غالب الأحيان عدم رضا الخصم الذي خسر الدعوى بهذا الحكم ممّا يضطره إلى الطعن فيه بالطرق المقررة قانونا بحسب طبيعة النزاع ، و مع ذلك فإن هذا الملتجأ محدود و موقوف لتعداد طرق الطعن ولتوقفها على شروط قانونية ، فيصل الأمر في آخر المطاف إلى مركزين قانونيين : مركز من ربح النزاع وآل إليه موضوعه ، و مركز من خسره و فقد ما كان يتقاضى من أجله .
و إزاء هذه الصورة العملية الشائعة للتقاضي فقد بات البحث عن الأوجه الكفيلة لإرضاء كلا الطرفين جديرا بالاهتمام ، إذ أن الأولى هو نيل كلا المتخاصمين شيئا من الدعوى و من موضوعها ، وذلك بحصولهما على الحقوق التي قادت بهما إلى الخصام .
و ما دام هذا المسعى لازم التحقيق لقيام القضاء على العدل و الإنصاف بين الأفراد ، فإن عدم المخاصمة بين الأطراف المتقاضين و توقفهم عن الشحناء و الخصام ، يظهر في اتفاقهما حول المسائل التي كانت مصدرا لاختلافهما أي أن يتحول الاختلاف إلى اتفاق و أن يتحول المتخاصمان إلى متفقان .
و قد ظهرت عدّة أوجه لتحقيق هذا التحويل منها : التحكيم [1] و الذي بموجبه تلجأ الأطراف المتخاصمة إلى أحد المحكمين المؤهلين لفض النزاع حولها غير أن مصير

[1] / على كل سيرجع لمسألة التحكيم في المبحث الثالث من الفصل الأول المتعلق بتمييز الصلح عن غيره من النظم و التصرفات المشابهة له .

التحكيم ما دام مماثلا لمصير التقاضي بالفصل لأحدهما دون الآخر جعل من طريق التحكيم غير محقق لمسعى الاتفاق الحقيقي بين الخصوم .

و صدق الله العلي العظيم إذ يقول **(و الصلح خير)** [1]، فقد بات الصلح الذي يتحقق بين المتخاصمين من أنجع السبل و أحسن الطرق لتحقيق مسعى الاتفاق بينهما .

إن هذا التقديم يعتبر بمثابة فلسفة قانونية و قضائية لتأسيس عقد الصلح و مقاصده و حدوده و مجالاته التي يظهر بها .

و من خلال ما تقدم كذلك يظهر التلازم الذي لا مفرّ منه بين التقاضي و الصلح متى تحققت الظروف الملائمة لإحكام الصلح . و عقد الصلح -كما سيأتي بيان ماهيته و عناصره ـ يعتبر من أسمى المواقف و المظاهر العملية و النظرية بين الأفراد المخاصمين [2] ، و إذا كان البعض يرى أن الصلح و سيلة من وسائل القضاء ، فإننا نرى أن الصلح مقصد وغاية وسيلته الظروف التي تحققه .

وعقد الصلح ـ بالإضافة إلى صورته الفلسفية ـ يحظى بين سائر العقود بأهمية بالغة تظهر على المستويين النظري و العملي ، من خلال اعتباره عقدا و باعتباره موقفا قانونيا و اجتماعيا .

فانطلاقا من اعتبار الصلح عقدا من العقود فإن ذلك يجعله يحظى باهتمام بالغ و هذا لأنه "سيد الأحكام بوقوعه في سائر العقود" على حدّ قول بعض الفقهاء [3] . فهو واقع في كل المعاملات المالية سواء كانت بيعا أو سلما أو معاوضة أو تبرعا أو إبراء أو غير ذلك من العقود التي يمكن أن يظهر بها عقد الصلح كما سيأتي بيانه و هذا التوسع يجعل من عقد الصلح مجالا خصبا للعقود كلها و لهذا سارت كل التشريعات القديمة و الحديثة على تنظيم عقد الصلح و تناولت أحكامه رغم الاختلافات الفقهية الواردة إزاء الأحكام التشريعية لعقد الصلح ، كما أن الأحكام الخاصة المتعلقة بعقد الصلح و خروجها عن القواعد العامة كعدم جواز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون يجعل من هذا العقد محل اهتمام تشريعي و فقهي .

أما بالنظر إلى عقد الصلح على أنه موقف قانوني و شرعي و أنه يمثل وظيفة اجتماعية فإن أهميته تظهر في جوانب متعددة أبرزها تخفيف العبء عن القضاء ، فالأطراف المتخاصمة قد تتصالح أثناء النظر في الدعوى و هو ما يعرف بالصلح القضائي و قد يتصالحان قبل اللجوء للقضاء و هو الصلح غير قضائي ، و في كلتا الصورتين فإن الصلح يقود إلى التحفيف من عمل القضاء ، وذلك بفض النزاعات و الاختلافات قبل حكم القاضي ، و هذا الموقف يخفف من عمل القاضي و من عدد القضايا التي يتناولها . و ما أجمل ما قاله أحدهم في سرد هذه الوظيفة :

لو أنصف الناس استراح القاضي وبات كل عن أخيه راضي

---

[1] / الآية **128** من سورة النساء.

[2] / هذا من الأسباب و الدوافع التي أسسنا عليها اختيارنا لموضوع هذه الرسالة .

3 / الإمام البرماوي – حاشية على شرح الغزي- المطبعة الأميرية **1324** هـ - ص **125** .

و بالجهة المقابلة فإن من الجوانب التي تبين أهمية الصلح هو تخفيف العبء و المشقة عن المتخاصمين ، فتحول المتخاصمين إلى متصالحين يوفّر عنهم المشقة و التعقيد ، و الصلح يكسبهم الوقت و الجهد و المال الذي قد يضيعونه في التقاضي الذي يتميز بإجراءات معقدة و مكلفة ، بل إن الأمر أبعد من هذا إذ أن التقاضي قد يؤدي إلى ضياع الحقوق التي قد يخطئ القاضي في الحكم بها ، بينما يعتبر الصلح مرضاة لكلا المتصالحين .

و فائدة الصلح لا تقتصر على مستوى التعامل بين الطرفين ، بل إن الأهمية عامة و موسّعة لتعميم العدالة و الإنصاف التي يساهم الصلح في نشرها في المجتمع و ذلك بتحقيق إرضاء كل الأطراف المتخاصمين من حيث النتيجة و من حيث موضوع الصلح من جهة ثانية بالتنازل المتبادل عن جزء من الحقوق ، فلو تصورنا التنازل المتبادل معممّا بين كل المتقاضين و المتخاصمين لظهرت لنا بوادر بل أمارات العدالة و الإنصاف بين الناس جميعا .

و من هذه الفائدة تبرز أسمى الفوائد و أبلغ المقاصد التي شرعها الله عز وجل الخالق البارئ للخلائق كلهم و ذلك في تآلفهم و تعاطفهم وتآزرهم و نبذهم للشقاق و للخصام وللعداوة و البغضاء ، فالصلح رمز للأخوة و الألفة و السلم بين أفراد المجتمع الواحد ، إذ أن من الأمور التي لا يختلف فيها اثنان هو معاداة المتقاضين لبعضهم البعض على الدوام و توارث هذه العداوة ، فيأتي الصلح حاسما للخصومات و للأحقاد السابقة و اللاحقة و محققا للعدالة الاجتماعية و للأخوة التي تعتبر قواما لكل مجتمع و لكل أمة .

إن أهمية الصلح كافية و جديرة لوحدها بأن تجعل من الصلح قائما و معمولا به لدى من يعني بترتيبه و تطبيقه بين المتخاصمين ، غير أن من المسائل و الأمور التي تستوجب الحديث عنها في هذا التمهيد لدراسة عقد الصلح ما تعلق بمشروعيته و إقامة دليله من الشريعة الإسلامية بصفتها معنية بإحدى زاويتي البحث و باعتبار الشريعة الإسلامية قائمة على الحجة و الدليل في الأخبار الظاهرة و في المسائل العملية و الأحكام التفصيلية و قد تضمن القرآن الكريم و السنة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة و أكمل التسليم نصوصا متعددة خاصة بالصلح و تنظيم أحكامه .

فمن أعظم الآيات القرآنية الدالة على الصلح قول الله تعالى **(و إن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا و الصلح خير و أحضرت الأنفس الشح و إن تحسنوا و تتقوا فإن الله كان بما تعملون خبيرا)** [1]

---

1 / الآية 128 من سورة النساء .

2 / الآية 182 من سورة البقرة .

3 / الآية 224 من سورة البقرة .

4 / الآية 129 من سورة النساء .

5 / الآية 01 من سورة الأنفال .

6 / الآية 114 من سورة النساء .

7 / الآية 40 من سورة الشورى .

8 / الآية 09 من سورة الحجرات .

وقول الله عز وجل (**فمن خاف من موص جنفا أو إثما فأصلح بينهم فلا إثم عليه إن الله غفور رحيـــم)2**
وقوله تعالى **(أن تبروا و تتقوا و تصلحوا بين الناس)3**
وقوله جلا و علا **(و إن تصلحوا و تتقوا فإن الله كان غفورا رحيما)4** و كذلك قوله سبحانه (**فاتقوا الله و أصلحوا ذات بينكم) 5** وقال تعالى (**لا خير في كثير من نجواهم إلاّ من أمر بصدقة أو معروف أو إصلاح بين الناس)6** و قال عز من قائل **(و جزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا و أصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين) 7** و قال عز وجل **(وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما)8**

هذه بعض الآيات القرآنية الواردة بشأن الصلح على أنواع مقاصده و مجالاته و لكنها تظهر أساسا اعتبار الصلح من قواعد الإيمان و من أسمى المقاصد الشرعية .

قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " تركت فيكم أمرين ما إن تمسكتم بهما لن تظلوا بعدي أبدا كتاب الله و سنتي "

و عليه فإن في السنة النبوية المشرفة جانبا كبيرا في تنظيم المعاملات بين الناس و منها ما جاء فيها بخصوص الصلح ومجالاته و شروطه سيما مشروعية أنواعه [1]

ومن جملة هذه الأحاديث النبوية قول رسول الله صلى الله عليه و سلم " الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحا حرم حلالا أو أحل حراما و المسلمون على شروطهم إلاّ شرطا حرّم حلالا أو أحل حراما " **2**

و قال رسول الله صلى الله عليه وسلم **"** ليس الكذاب الذي يصلح بين الناس فينمي خيرا و يقول خيرا **" 3.** و قال عليه الصلاة و السلام " ألا أخبركم بأفضل من درجة الصيام و الصلاة و الصدقة . قالوا : بلى . قال " إصلاح ذات البين فإن فساد ذات البين هي الحالقة "**4**

وانطلاقا من أن مصادر التشريع الإسلامي قائمة على القرآن و السنة و الإجماع و القياس بصفة رئيسية ، فإن جمهور الفقهاء قد ذهب إلى القول بمشروعية الصلح و استدلوا على ذلك بأقوال كبار الصحابة و أفعالهم ومن ذلك ما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنّه قال : **"** ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن **"** و بما أن هذا القول كان بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم و لم ينكر أحدهم ذلك فإن هذا الموقف يعتبر إجماعا منهم على مشروعية الصلح. وكذلك مما جاء في رسالة سيدنا عمر بن الخطاب الشهيرة إلى سيدنا أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما:
" و احرص على الصلح ما لم يتبين لك فصل القضاء **"** .

ومن ذلك كذلك ما روي عن سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : **"** يتخارج أهل الميراث، أي يصطلحون على إخراج بعضهم عن الميراث بشيء معلوم يعطونه دون كمال حصته منه **"** [1]

---

1 / هناك أحاديث كثيرة حول الصلح بحيث سنورد بعضها هنا ونرجأ ذكر غيرها في موضعها بالبحث .

2 **/** أنظر صحيح الإمام مسلم –المطبعة الأميرية **1972** - الجزء **05** ص **101** وهو مخرج من طرق عدة .

3 **/** صحيح البخاري – الطبعة الأميرية – الطبعة الثانية **1963** – الجزء **12** – ص **05.**

4 / نفس المرجع السابق – الجزء **12** – ص 77**.**

ومجمل هذه الأخبار المروية عن الصحابة و التابعين رضي الله عنهم أنها بمثابة إجماع على مشروعية الصلح بصفة عامة من حيث وجوده و قيامه ، بينما لا يمكن الجزم بالإجماع بين الفقهاء حول أنواع الصلح ـ كما سيأتي بيانه في موضعه من هذا البحث ـ بحيث يتفاوت الفقهاء في اعتماد الصلح عن الإنكار و في صورته ، وما أجمل ما أورده ابن عاصم في تحفة الحكام بقوله :

الصلـــــح جائز بالاتـــــفاق لكنه ليس على الإطـــــلاق [2]

ينبغي الإشارة و التلويح في هذا الصدد إلى الحكم الشرعي لعقد الصلح ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك بين معتبر بأنه مندوب أو واجب أو مباح و هل له مواضع يكره فيها أو يحرم .

ودون الخوض في هذا الاختلاف [3] فإن الرأي الذي يستقطب أكثر الفقهاء هو الذي يعتبر الصلح مندوبا من خلال جملة من الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية بحيث يظهر فيها الترغيب في الصلح و الدعوة إليه و تفضيله على القضاء و أكثر من ذلك الإثابة عليه كما قال تعالى **(فمن عفا و أصلح فأجره على الله)** [4]

ومادام الصلح ـ حسب موضوعه وتعريفه ـ يتضمن تنازلا من الطرفين عن بعض الحقوق فلا يمكن الجزم باعتبار الصلح أمرا على الإطلاق و لو حتى من صياغة الآيات و الأحاديث و لا باعتباره مباحا بالوجه الذي يمكن الإعراض عنه في كل الأحوال ، و الأولى بين كل ذلك اعتبار الصلح مندوبا مرغبا فيه متى أمكن إعماله على وجه العموم .

هذا التقديم الذي سبق عبارة عن رد على السؤال البديهي الذي يبادر به كل متلق لموضوع ما وهو ما أهمية مضمون هذه الدراسة ؟ ولذلك فقد قدمنا شيئا عن أهمية الصلح من عدة جوانب ، ثم أتبعناه بدلائل رفعته و سموه بين الأحكام و التصرفات .

و إزاء ذلك فإن من الواجب توضيح الدوافع و البواعث التي كانت وراء اختيارنا لهذا الموضوع ، والتي مردها إلى جملة من الأمور المتراوحة بين الدينية و الخلقية و المالية و الاجتماعية ، فإضافة إلى الصبغة الخلقية و الدينية لعقد الصلح وزيادة على ما يوفره من ذخيرة اقتصادية للمتصالح ، فإن الدافع الذي يأخذ الصدارة هو الفائدة الاجتماعية و القضائية التي يفيض بها الصلح على المجتمع المليء بالنزاعات و الصراعات بين أفراده .

فنظرا لما نراه ـ ولا يخفى على أحد ـ من ازدحام الناس على دور القضاء على اختلاف درجاتها و أماكنها وقبل ذلك تدافعهم نحو التحصيل على المصالح الخاصة دون مراعاة المصالح العامة للآخرين ، نظرا لذلك فإن من الأبواب

---

[1] / الإمام شمس الدين السرخسي – المبسوط – طبعة دار المعارف بيروت **1406** هـ - الجزء **20** - ص **97.**

2/ يس محمد يحي – عقد الصلح – دار الفكر العربي **1978**- ص **165.**

3 / لقد أفاض الإمام البرماوي في هذا الاختلاف أكثر من غيره فيما نعلم –المرجع السابق – ص **175.**

[4] / الآية **40** من سورة الشورى .

الكفيلة بالتصدي لهذا الوجه السلبي للمجتمع ، عقود الصلح التي يبرمها المتخاصمون ، و بصفة تقنية وإحصائية فإن نجاعة الصلح ـ بغض النظر عن نسبته أمام المحاكم ـ في الوصول إلى رضا الجميع يعتبر موقفا واجب الوقوف عنده بالاهتمام و الدراسة و البحث .

وما من أحد إلاّ ويجد تمام ضالته بالصورة التي يصالح فيها غيره على ما قد يتنازع معه من أجله .

و لا أعظم من رسول الله صلى الله عليه وسلم الرؤوف الرحيم المراعي لنفع و خير المسلمين كلهم ، فقد أبرم صلح الحديبية مع المشركين الذي لا يخفى موضوعه على أحد .

وسار على نهجه الصحابة رضوان الله عليهم و السلف الصالح لما رأوه من فائدة في عموم السلم على جميع المستويات .قال تعالى **(و إن جنحوا للسلم فأجنح لها و توكل على الله إنّه هو السميع العليم)**[1].

و ثابت أن الصلح يعد من مقومات العدل و القسط بين الناس لقوله عز وجل **(وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله فإن فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل و أقسطوا إن الله يحب المقسطين)** .

ولذا نرى جميع المجتمعات الإسلامية بل كل المجتمعات القائمة على الحفاظ على موازين العدل و الإنصاف تراعي إقامة الصلح في كل المنازعات الجماعية والفردية و بالنظر إلى مجتمعنا الجزائري الذي لا يكاد تتوقف فيه النزاعات بشتى أنواعها ، فإننا نرى تنوع مساعي الإصلاح للخصومات سيما التي تعرض أمام القضاء ، و نكتفي هنا بذكر ما يعرف عندنا بجماعات إصلاح ذات البين التي تتوزع على كامل التراب الوطني ـ دون أن يحيط بها تنظيم أو هيكل قانوني ـ و التي تساهم بشكل وافر في تحويل المتخاصمين فعلا أو احتمالا إلى متصالحين متراضين ، و لا أحد ينكر مساهمة هذه الجماعات المصلحة في عرض الديات الواجبة شرعا على مستحقيها تفاديا للخصومات القضائية و الشقاق الذي قد يطول بالزيادة في سلبياته .

بل قد يتحول القاضي نفسه فيما يخول له من سلطة تقديرية أو مطلقة إلى قائم على إبرام عقود الصلح بين المتقاضين المتخاصمين ، لأن القاضي يعلم أن فصل القضاء لا يقضى على الأحقاد و الضغائن و البغضاء التي تكون بين الماثلين أمامه ، و بالعكس فإن فصل القضاء لأحد الطرفين قد يجعل من حبة دخان قبة نار.

وما من شيء يقضي على كل ذلك مثل الصلح الذي يقوم بين المتخاصمين و يحول علاقتها إلى جوّ من الصفاء و السلم .

كل ما تقدم و غيره هو مرجعنا و دافعنا لاختيار هذا الموضوع بصفة مطلقة .

وإذا كانت هذه هي الصورة العامة التي يوحي بها الصلح فإن مما لا شك فيه هو التباين الموجود بين المفاهيم و التشريعات حول جوانب الصلح ، ولذا فإن دراسة عقد الصلح التي نجد لها تنظيما متراوحا بين هذه المفاهيم ، تقتضي تقصي جوانب عقد الصلح و معانيه و مقاصده وغاياته .

و من ثم وقع اختيارنا على محورين هامـــين :

1/ الآية 161 من سورة الأنفال.

أولهما : دراسة عقد الصلح في الفقه الإسلامي باعتباره أكمل الشرائع و المفاهيم ـ بصفة موضوعية كما سيأتي ـ و ذلك فيما عرضه فقهاء المذاهب الفقهية من أحكام عامة و خاصة .

و ثانيهما : دراسة عقد الصلح في الفقه الوضعي الذي يوازي الفقه الإسلامي و مبادئ القانون الطبيعي ، والفقه الوضعي الذي يكون صورة واسعة للآراء الفقهية و موازيا للأحكام التشريعية و المواقف القضائية ، وعليه فإن المقصود بالفقه الوضعي في هذه الدراسة هو كل ما أوردته الآراء الفقهية بخصوص عقد الصلح مع التطرق للنصوص التشريعية و المواقف القضائية ، ومع اعتماد دراسة عرضية تتمثل في تناول التشريعات الثلاثة الفرنسي و المصري و الجزائري على وجه الخصوص .

فدراستنا لعقد الصلح هي بموازاة هذين المحورين الرئيسين بطريقة كلاسيكية تظهر في خطتنا المعتمدة لمعالجة هذا الموضوع .

وهذا الطرح الذي سلكناه ـ طرح المقارنة بين الفقهين الإسلامي و الوضعي بصدد الصلح ـ ليس عرضا وصفيا مجردا بحيث يبدي أحكام الصلح في كلا الفقهين ، ولكن ـو كما هو ظاهر من خطة البحث وما يحتويه - فإن غايتنا من هذه المقارنة المحورية الثنائية هي الخروج بنتائج لهذه المقارنة وضعناها كاقتراحات لتعديل النصوص التشريعية واعتمادها و حتى للإبقاء عليها في بعض الأحكام .

وبعبارة أخرى إن تطرقنا لعقد الصلح في الشريعة الإسلامية هو لاقتباس الحلول و المواقف السليمة و الإيجابية واعتمادها كبدائل جزئية أو كلية لما تفرضه ضرورة إعادة النظر في النصوص التشريعية .

كما قمنا بدراسة مقارنة عرضية بين التشريع الفرنسي و المصري و الجزائري لاستخراج مظاهر التماثل و تعميم ذلك ، و مظاهر الاختلاف و الاستفادة من ذلك في الصياغة السليمة للمواد المتعلقة بالصلح في القانون المدني الجزائري .

ومجمل المواضيع و الجوانب التي أوردناها في هذا الموضوع و التي تشير إليها خطة الدراسة هي ناتجة عن جملة من التساؤلات و الافتراضات التي سبقت الخوض في الموضوع و التي أفرزتها دوافعنا لهذا الاختيار يمكن إجمالها فيما يلي :

ما هي المدلولات العامة و الخاصة للصلح باعتباره تصرفا عقديا و باعتباره وظيفة اجتماعية و قانونية ؟

وما هي العناصر المكونة للصلح بالنظر إلى تقاربه مع جملة من التصرفات و العقود و الإجراءات ؟

وبماذا يختص عقد الصلح دون العقود أم أن الأمر واحد فيها جميعا ؟

ثم بعد بداية ظهور الصلح بصفة أولية ، لابد من البحث في أركانه : و هل تمثل وجها للتميز عن باقي العقود خاصة بالنظر إلى رضائية عقد الصلح ؟

ثم ما مدى اتساع مسألة آثار الصلح بالنظرة القضائية على وجه الخصوص و بالنظر إلى الاجتهادات الفقهية حول هذه المسألة ؟

و هل من تميز للصلح في إثباته ؟
وما مدى اعتماد الفرضية التي مفادها أن الصلح وحكم القضاء شيئان مترافقان و متكاملان ؟
بالإضافة إلى ما عمدنا إلى تغطيته بهذا البحث في الاختلافات الموجودة في التشريعات الثلاثة من حيث الصيغ والألفاظ وكذا من حيث موضوع هذه النصوص التشريعية.
وعليه فقد أجملنا هذه التساؤلات و غيرها في خطة البحث التي وزعناها إلى ثلاثة فصول :
خصصنا الأول لمفهوم عقد الصلح و الثاني لأركانه و الثالث لأحكامه البالغة مع نتائج مفيدة للمقارنة .
و إن يكن من أمر أخير نبديه قبل الخوض في هذا الموضوع و في هذه المقارنة هو اعتماد بساطة الأفكار وجزالتها توافقا مع قيمة الموضوع البيداغوجية ، كما أن هذه البساطة معتمدة كذلك في منهجية الدراسة المقارنة و هي طريقة كلاسيكية إرتأيناها لكي يسهل على كل مطلع على جانب من جوانب الموضوع الإلمام به من الفقـــهين الإسلامي و الوضعي .
و الله المستعـان وبه ثقــتي وعليه تـــــــوكلي .

الفصل الأول

مفهـــوم عــقد الصــــلح

إن هذا الجانب مخصص لدراسة مفهوم الصلح بصفة أولية ولتوضيح معالم هذا العقد وجوانبه من خلال التعرض لتعريفه أو بالأحرى تعريفاته ، ثم لتمام تعريفه يكون الحديث عن عناصره التي يقوم بها ، وهو الجانب الذي يؤسس البحث في تمييز الصلح عن غيره من التصرفات والعقود المشابهة له . كما أن من المسائل الجديرة بالاهتمام في هذا الصدد تناول خصائص عقد الصلح.
وعليه فان مجموع هذه الجوانب يعطي الصورة التي يظهر بها الصلح سواء من الناحيتين النظرية والعملية ، وكذا لدى الفقهيين الإسلامي والوضعي - حسب منهج الدراسة - .

المبحث الاول : تعريف عقد الصلح .
المبحث الثاني : عناصر عقد الصلح .

المبحث الثالث : تمييز الصلح عن غيره من النظم والتصرفات المشابهة له .

المبحث الرابع : خصائص عقد الصلح .

المبحث الأول

تعــريـف عــقد الصـــلح

إن وضع تعريف لعقد الصلح لا يكون إلا بناء على الإلمام بما جاء من أقوال واجتهادات في الرأي ، وكذا ما استقر عليه التشريع في إعطاء ماهية جامعة لعقد الصلح ، وعلى ذلك يكون الحديث عن تعريف عقد الصلح كما يلي :

المطلب الأول : تعريف عقد الصلح في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : تعريف عقد الصلح في التشريع الوضعي .

المطلب الثالث : مقارنة تعريف الصلح بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي .

المطلب الأول

تعريف عقد الصلح في الفقه الإسلامي

أولا : تعريف عقد الصلح لغة

إن للفظ الصلح صورا في بحر اللغة العربية ، وعليه يكون الاقتصار على الصور اللفظية الدالة على عقد الصلح المراد بالدراسة .

فالصلح بصاد مضمومة ولام ساكنة يفيد المصالحة ، ويفيد عكس المخاصمة وهو بذلك يعني السلم .
ويقال للمتصالحين : اصطلحوا وصالحوا واصلحوا وتصالحوا واصالحوا .
وتصالح القوم بينهم وقوم صلوح أي متصالحون .
وبالجملـــة فان الصلح يفيد لغة عدم المخاصمة ويعني السلم وصفاء المعاملة .[1]

ثانيا : تعريف عقد الصلح عند المذاهب الفقهية الأربعة

يعتبر المذهب الحنفي اقدم المذاهب الفقهية لسبق الإمام أبى حنيفة ـ رضي الله عنه ـ في الاجتهاد والرأي في الدين ، وعليه سنتناول مواقف وتعريفات الفقهاء في المذاهب الأربعة حول عقد الصلح ، مع الإشارة إلى أن مدلول عقد الصلح قد عرف وجودا وبحثا لدى المذاهب الفقهية الأخرى كالشيعة والظاهرية وغيرهما ، ولكن سيكون الاقتصار على المذاهب الأربعة المشهورة لانتشارها واعتمادها في التشريعات الحديثة من حيث توظيف هذه التعريفات في الأحكام القانونية.
كما سيكون التعرض لهذه المذاهب باختصار دون الحديث عن نقدها ، باستثناء المذهب المالكي باعتباره المعمم والمعتمد في الجزائر فسنتناوله بشيء من التفصيل .

1/ تعريف عقد الصلح لدى المذهب الحنفي :

يعرف الصلح في المذهب الحنفي عادة بأنه : " عقد وضع لرفع المنازعة "، أو " عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضي " فالفرق هو التأكيد على اشتراط التراضي .
كما يعرف الصلح بأنه " عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما " [2]
كما جاء أن " الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي " [3]
ويرى فقهاء المذهب الحنفي انه من الطبيعي أن لا يكون الصلح قائما إلا إذا كانت هناك منازعة بين الطرفين يتم إنهاؤها بالصلح ، ولا يشترط ان تكون المنازعة قد وصلت للقضاء .
كما يجوز إبرام الصلح أثناء نظر القاضي في المنازعة القضائية.

2 / تعريف الصلح لدى المذهب الشافعي :

يرى فقهاء المذهب الشافعي أن الصلح " عقد مخصوص يحصل به قطع النزاع " [4]
وعقد الصلح يحظى بعناية بالغة في المذهب الشافعي ذلك انه يعتبر سيد الأحكام والعقود لأنه يجري على سائر التصرفات ، وذلك بإمكانية وقوعه على بيع أو إيجار أو قرض أو هبة أو غير ذلك .[5]

---

[1] / لسان العرب – الجزء الثاني – دار بيروت للطباعة والنشر 1981 – ص 45 .
[2] / محمد قدري باشا – مرشد الحيوان الى معرفة احوال الانسان – المطبعة الأميرية 1909 – ص 272 .
[3] / مجلة الأحكام العدلية – سنة 1963 – ص 14 .
[4] / الامام الرملي – نهاية المحتاج – المطبعة الأميرية 1292 هـ -الجزء 06 – ص 48 .
[5] / الامام الرملي – نفس المرجع – ص 56 .

كما أن الصلح من الناحية الشرعية العملية يعتبر لدى الشافعية بمثابة رخصة ، انطلاقا من تعريف الرخصة على أنها الحكم المصار إليه السهل لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي . [1]

3/ تعريـف الصلح لدى المذهب الحنبلي :

يكاد الأمر يكون مجمعا عليه في المذهب الحنبلي بخصوص تعريف الصلح ، حيث يرى بعضهم أن الصلح علة التوفيق والسلم أي قطع المنازعة .

ويرى آخرون أن الصلح معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين أي متخاصمين . [2]

4/ تعريف الصلح لدى المذهب المالـكي : *

لقي عقد الصلح في المذهب المالكي تنظيما واهتماما بالغين ، حيث برزت عدة تعاريف لبعض الفقهاء ، منها ما هو معتمد ومقبول بمنظور الاعتراض والنقد ، ومنها من لم يسلم من التقصير والعيب .

ومن جملة هؤلاء الإمام ابن رشد ، إذ يرى أن الصلح " قبض شئ عن عوض " [3] ، وما يلاحظ مباشرة على هذا التعريف انه صياغة لفظية مغايرة لعقد البيع لا غير ، وحتى وان استساغ القول بإشارته للصلح فانه لا يعنى إلا بالصلح عن إقرار لوجود الوقوف على محل النزاع، وبذلك يخرج عن هذا التعريف الصلح عن إنكار لأنه لا يتصور قبض شئ مع إنكار ، وبالتالي هو تعريف غير شامل لأنواع الصلح . ومن الوجوه التي تبين قصور وخطأ هذا التعريف انه لا يشير على الإطلاق إلى قطع النزاع بين المتخاصمين الأمر الذي يعتبر سببا مباشرا لعقد الصلح.

ثم ذهب الإمام عياض إلى أن الصلح "معاوضة عن دعوى". [4]

وظاهر من هذا التعريف أن من يعاوض المدعي لا بد أن يكون منكرا للدعوى وعليه فإن هذا التعريف لا ينطبق على الصلح عن إقرار، ولو أن بعض المؤيدين لهذا التعريف احتجوا حول هذا الاعتراض أن غالب الصلح ما يكون عن انكار، ولكننا نقول أن من خصائص التعريف أن يكون جامعا مانعا وعاما تنطبق معه جميع الأنواع، ولا يمكن إعطاء تعريف بناء على كل نوع من هذه الأنــواع.

وإن يكن من شيء نبديه حول هذا التعريف بمنظور المقارنة هو اعتماده على فكرة وقوع التنازل المتبادل في الصلح على "الإدعاء" وليس على الحق ولا حتى على حق الدعوى كما سيأتي بيانه في عناصر عقد الصلح.

و بعد هذين التعريفين الذين عرفا شيوعا لدى فقهاء المالكية -رحمهم الله - نعرض الى أهم التعاريف التي وجدناها والتي نعتبرها من أهم وأحسن التعاريف بهذا الصدد.

---

[1] / الامام البرماوي – شرح الغزي- المرجع السابق بالصفحة 08 – ص 175 .

[2] / الامام البهوني – كشف القناع عن متن الاقناع – دار الفكر بيروت 1402 هـ -ص 218 .

* / يكون الحديث هنا أوسع من المذاهب السابقة، مع طرح الاعتراضات التي لقيتها بعض التعاريف بصدد عقد الصلح، وهذا التميز هو لتعميم المذهب المالكي على الجزائر ولاقتراب هذه التعاريف من بعض الأحكام التشريعية للصلح .

[3] / الامام ابن رشد – التعرف في احكام التصرف – الجزء 02 – دار الكتب العلمية بيروت 1407 هـ – ص 73 .

[4] / يس محمد يحيى – عقد الصلح – المرجع السابق – ص 65 .

إن هذا الحديث هو عن تعريف الإمام ابن عرفة ـرحمه الله- وأتبعه في هذا الرأي كثير من الفقهاء، بل واعتبر مصدرا عند المذاهب الأخرى كذلك . ويرى الإمام ابن عرفة المالكي أن الصلح هو :

" انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه ".[1]

فأول ما يتميز به هذا التعريف بل ما يمتاز به هو أنه جامع لكل أنواع الصلح المعروفة في الفقه الإسلامي عن إقرار وعن إنكار وعن سكوت ، وذلك أنه ورد فيه الانتقال عن الحق الذي يشير إلى الصلح عن إقرار، أو الانتقال عن الدعوى إخبارا عن الصلح عن إنكار وعن سكوت.

و من مزايا هذا التعريف كذلك أنه ذكر" العوض" للدلالة عن التنازل المتبادل بين المتصالحين ، ولإخراج الصلح من دائرة التصرفات بغير عوض كما أنه أتى بحالتي أو نوعي النزاع القائم والمحتمل في لفظ "رفع نزاع أو خوف وقوعه " .ومع هذه المزايا الواردة في تعريف الإمام ابن عرفة المالكي إلا أنه وجهت له عدة اعتراضات وانتقادات لا تعدو في نظرنا أن تكون مؤسسة على الاختلاف في الصياغة اللفظية وفهمها ، ومظهر ذلك أنه أتى بلفظ الانتقال بدل المعاوضة ، فالانتقال صورة للمعاوضة فقط، أي أن الانتقال علة وسبب للمعاوضة.

ونرى ـ حسب قواميس اللغة كتاج العروس ولسان العرب ـ أنه لا تعارض بينهما على الإطلاق ، وأن المعنى إزاء عقد الصلح واحد في الانتقال والمعاوضة.

وإن يكن وجه الاعتراض هذا سائغا فإنه لا ينتقص على الإطلاق من قيمة هذا التعريف ومن شموليته ، بل إننا نفضله على الكثير من التعريفات بما فيها التشريعية وستأتي أوجه هذا التفصيل في عدة جوانب من هذا البحث عموما وفي الجانب الثالث الموالي خصوصا.

ثالثا : مقارنة بين التعريفات الأربعة

من خلال التعرض إلى تعريفات المذاهب الأربعة لعقد الصلح يتبين تقاربها واجتماعها في الجوانب العامة لعقد الصلح من انه عقد وجد لرفع النزاع وهذا التقارب في المعنى أساسه التقارب في استعمال الألفاظ الدالة على مفهوم لغوي واحد للصلح في رفعه أو حسمه أو قطعه للخلاف بين رجلين مختلفين أو متنازعين .

وبالنظر إلى تعريف الإمام ابن عرفة المالكي لعقد الصلح بأنه " انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع النزاع أو خوف وقوعه " فإننا نجد وبوضوح حسن صياغة هذا التعريف لعقد الصلح واشتماله على جوانب عديدة مميزة له عن غيره ولأن هذا التعريف يظهر إلمامه بنوعي الصلح على الإقرار وعلى الإنكار، الأمران الداعيان إلى اهتمام الفقه الإسلامي [2] ، وكذلك من خلال تعرض هذا التعريف لحالتي النزاع ووضعيه ، إما سابق للصلح فينهيه أو لاحق له فيتوقاه المتعاقدان بموجب الصلح .

---

[1] / السرخسي – شهود العيان في أعمال الإنسان – الجزء 09 – دار الفكر بيروت 1386 هـ – ص 132 .

[2] / يس محمد يحيى – عقد الصلح – المرجع السابق - ص 67 .

والجدير بالإشارة عند هذا التعريف أنه ـ وكما سيأتي بيانه ـ يتوافق مع التعريفات التشريعية لعقد الصلح من خلال معظم عناصره وخصائصه ، ويبقى هذا الرأي والنظر موقوفا على وجود تعريفات أخرى في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني

تعريف عقد الصلح في التشريعات الوضعية

إن الحديث عن تعريف الصلح في الفقه الوضعي عرف اتساعا واجتهادا كبيرين خاصة عند الفقهاء الفرنسيين ، ولذا فإننا سنقتصر على التعريفات التشريعية ذات الأهمية التاريخية وذات الأولوية في الدراسة ، نعني بذلك تعريف الصلح في التشريعات الفرنسي والمصري والجزائري ، وهذا الاقتصار على التعريفات التشريعية سيكون مصحوبا ببعض الانتقادات والآراء الفقهية الموازية للأحكام القانونية الخاصة بالصلح .

أولا : تعريف الصلح في التشريع الفرنسي

تناول القانون المدني الفرنسي عقد الصلح وأحكامه ضمن المواد **2044** إلى **2058** بشيء من العناية في صياغة مواده ـكما سيأتي- وقد نصت المادة **2044** منه معرفة عقد الصلح على ما يلي :

"الصلح عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا "

« La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née , ou préviennent une contestation à naître »

ومما يلاحظ في هذا التعريف لعقد الصلح من المنظور التاريخي لهذا التعريف ومقارنته بالجانب العملي وبالتحديد في الجانب القضائي أنه يقتصر على تعيين مجال الصلح في زمنيين هما ماضي الصلح ومستقبله ، وبعبارة أخرى فإن الصلح يتقرر في النزاعات السابقة بحسمها والنزاعات المستقبلية بتوقيها.

وقد يظهر في الحديث عن تعريف الصلح في التشريعات الأخرى سيما التشريع الجزائري أن التشريع الفرنسي في هذا التعريف لم يحدد عناصر أخرى جوهرية في تقرير الصلح وتطبيقه خاصة فيما تعلق بمسألة التنازل المتوافق للمتعاقدين ـ سيأتي تفصيله فيما يلحق- وتعود أهمية ذكر هذا الشرط على وجه الخصوص في تمييز

عقد الصلح عن باقي التصرفات والمسائل التي تشترك معه في جملة من العناصر الأخرى.[1]

وعلى ذلك وانطلاقا من هذا النقص في التعريف ثارت الآراء الفقهية حول ضرورة إعادة النظر في هذا التعريف واستكمال ما به من نقص ، مثلما هي الحال بالنسبة للفقيه **Boyer** و الفقيه **Colin** و **Capitant** ، وذلك لرفع التشابه النظري الذي يقود إلى الخلط العملي بين الصلح وغيره من النظم المشابهة له.

ثانيا : تعريف الصلح في التشريع المصري

لقد تطرق القانون المدني المصري إلى عقد الصلح ونظم أحكامه في المواد **549** إلى **557** ، مع الإشارة إلى أنه أورده ضمن العقود التي تقع على الملكية ، وبالرجوع إلى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، فإن لهذا التصنيف تعليلا بحيث ورد فيه "دخل الصلح ضمن العقود التي تقع على الملكية لا لأنه ينقلها فسيأتي أنه كاشف للحقوق لا ناقل لها، بل لأنه يتضمن تنازلا عن بعض ما يدعيه الطرفان من الحقوق والتنازل عن الحق يرد على كيانه لا على مجرد ما ينتجه من الثمرات ".[2]

وتنص المادة **549** من القانون المدني المصري معرفة لعقد الصلح على ما يلي :

"عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته ".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد ومقارنة مع القانون المدني الجزائري إلى أن المشرع المصري يختلف عن نظيره الجزائري في صياغة بعض الألفاظ المتعلقة بالصلح ويظهر التفاوت جليا في كل المواد المنظمة للصلح تقريبا إما بالزيادة أو الإنقاص أو التغيير ومثالها: مصطلح "يحسم" لدى المشرع المصري يقابله مصطلح "ينهي" عند المشرع الجزائري.

وباستثناء هذه الملاحظة وبتوافق القانون المدني الجزائري مع المصري من خلال التدرج التاريخي والمصدري للقانونين فإن من الظاهر أن الحديث عن التشريع المصري في عقد الصلح يماثل تطرق المشرع الجزائري له خاصة في تعريفه.

ثالثا : تعريف عقد الصلح في التشريع الجزائري

لقد تعرض المشرع الجزائري ـ ولو بالتبعية - إلى عقد الصلح بين المواد **459** و **466** من القانون المدني في الفصل الخامس من الباب السابع الخاص بالعقود المتعلقة بالملكية ، وكما هو ظاهر منهجيا فإن هذا التبويب لم يسلم من النقد، وقد استقر هذا النقد في غياب تبرير من المشرع الجزائري لعدم وجود مذكرة إيضاحية لنصوص وأبواب القانون المدني الجزائري ، ولكن البعض يرى الأخذ بنفس التبرير والتعليل الوارد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري ازاء هذا الوجه .[3]

وتنص المادة **459** من القانون المدني الجزائري معرفة عقد الصلح على ما يلي :

" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".

---

[1] / الاستاذ صالح سعيدي – عقد الصلح – رسالة ماجستير نوقشت بمعهد الحقوق بابن عكنون سنة **2001** – ص **11** .

[2] / مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء **04** – ص **437** .

[3] / الاستاذ سعيدي صالح – المرجع السابق – ص **13** .

وإزاء هذا التعريف يمكن إثارة جملة من الملاحظات بين الإيجابية والسلبية حوله :

1 / كما سبقت الإشارة إليه في الحديث عن القانون المدني المصري فإن هذا الأخير جاء بألفاظ تختلف عن القانون المدني الجزائري ، ويظهر في هذه المادة المعرفة للصلح ثلاثة أمور: أولها ما تعلق بالمصطلحين "ينهي" عند المشرع الجزائري و"يحسم" عند المشرع المصري ، وفي رأيي وحسب المعاني اللغوية فإن مصطلح "يحسم" أدعى للأخذ به لأنه يفيد وجود نزاع إما ماض أو مستقبلي ويفيد عدم العودة إليه بعد إبرام الصلح على خلاف مصطلح "ينهي" فقد ينهي الأمر مسائل لا تتسم بطابع المنازعة والخصومة ، وقد يقال قد ذكر المشرع الجزائري مصطلح "نزاعا" بعده، ولكن قد ذكره المشرع المصري كذلك فيكون هذا الوجه مظهرا للتأكيد على جسامة المنازعة بين الأطراف ومن ثم إعطاء الفائدة للصلح في أكمل أوجهها من خلال دعوة المطلع على هذا التعريف إلى ملاحظة التباين بين المرحلتين أي ملاحظة الانتقال النوعي بين نفس الأطراف بفضل الصلح من الخصومة إلى السلم ولو في الجانب المادي وحده.

و**ثانيها** : مصطلح "عن حقه" لدى المشرع الجزائري و"عن جزء من ادعاءاته" لدى المشرع المصري ، وهنا يظهر ما وقع فيه المشرع الجزائري من تقصير يفوق التقصير اللغوي وهو أنه رتب الصلح بالتنازل عن كل الحق، في حين - وبالمنظور النظري لعقد الصلح بل وحتى بالمنظور العملي التطبيقي له وموازاة مع التصور المنطقي والعقلي للصلح كفكرة وأداة [1] - فإنه لا يمكن تصور التنازل الكلي عن الحقوق التي كانت محل نزاع قبل الصلح، بل إن التنازل ينصب عن جزء منها فقط [2]. غير أنه يمكن التماس العذر وسحب هذا الاعتراض إذا ما تأكد أن نية المشرع كانت في هذه الصياغة "عن حقه" موجهة إلى حقه الذي كان محل نزاع وكان الأمر غير سائر للصلح بدون هذا الحق.

ثالثها : لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "حقه "بدل "ادعاءاته" لدى المشرع المصري، وأرى أن المشرع الجزائري كان موفقا في هذا اللفظ من الوجهة العامة لموضوع الصلح والحقوق المتنازع عليها، خاصة أن مصطلح حقه يعتبر تبريرا للمشرع الجزائري لتبويب الصلح ضمن العقود الواردة على الملكية، وإذا كان يحتج للتقنين المدني المصري بمصطلح "ادعاءاته" أنه إشارة إلى صورة الحقوق في الجانب العملي القضائي فإن ذكر المشرع الجزائري للحقوق مباشرة تأكيد لها وتذكير بأهمية الصلح في الحفاظ على استقرارها، فالعبرة باستقرار الحقوق وليس باستقرار الادعاءات. كما أن هذا التفوق للمشرع الجزائري على نظيره المصري يجد أساسه في تفادي الانتقادات الموجهة للنظريات المتراوحة بين الأخذ بالحقوق والادعاءات كموضوع للتنازل المتبادل بين المتصالحين وهو الوجه الذي سيأتي تفصيله عند التطرق لعناصر الصلح .

2 / لقد وفق المشرع الجزائري في صياغة تعريف عقد الصلح من جانب عدم إهماله لعنصر التنازل المتبادل مثلما سبقت الإشارة إليه في الحديث عن التعريف التشريعي الفرنسي للصلح.[3]

---

[1] / اذ ان من المسلم به انه لا تعارض بين القانون والعقل في احكام العدالة بين الافراد ، ومن ثم لا تعارض بين القضاء المطبق للقانون مع العقل .

[2] / هذا بالنظر الى النص العربي ، بينما لم يرد هذا التقصير في النص الفرنسي .

[3] / انظر الصفحة **24** من هذا البحث .

يعيب البعض [1] على التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري استعمال مصطلح "الطرفان" ويرون أفضلية استعمال مصطلح "المتعاقدان" كون الصلح عقدا قائما بنفسه، ولكننا نرى أن مصطلح "الطرفان" أسلم لأن الصلح يقع على النزاعات التي تجمع أشخاصا متعاقدين أو ليسوا كذلك، وبعبارة أخرى فإن مصطلح "الطرفان" قد يكون بين متعاقدين أو غير ذلك ثم يجمعهما الصلح للتنازل عن الحقوق محل النزاع .

ومجمل الملاحظات حول تعريف المشرع الجزائري لعقد الصلح أن تعاد صياغة المادة **459** المعرفة لعقد الصلح إلى الاقتراح التالي :

"الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن جزء من حقوقه ".

المطلب الثالث

مقارنة تعريف الصلح بين الفقه الإسلامي والتشريع الوضعي

من خلال دراسة تعريف عقد الصلح في الفقه الإسلامي وكذا في التشريعات الحديثة الثلاثة يمكن استنتاج اوجه التقارب والتماثل والاختلاف في الأوجه الآتية :

أولا : اعتبار الصلح ضمن العقود المسماة

يلاحظ من كلا التعريفين في التشريع المدني الجزائري ـ وغيره ـ وكذا في الفقه الإسلامي انهما يعتبران الصلح عقدا من جملة العقود المسماة والمعرفة بمضمونها والخاضعة لتنظيم خاص بها ، ومن ثم فان المتفق عليه أن الصلح قائم على اتفاق ارادتين لاستبعاد تصور الصلح بإرادة منفردة كما سيأتي بيانه في خصائص الصلح وأركانه.

---

[1] / الاستاذ سليم الاحمدي – المنازعات الجمركية في المسائل المدنية – دون المطبعة سنة **1995** - ص **304** .

وعلى ذلك وبالنظر إلى الفقه المالكي خاصة ـ وقد سبقت الإشارة إلى هذه الملاحظة ـ فان تعريف الإمام ابن عرفة المالكي يتوافق مع التعريف الذي جاء به التشريع الجزائري [1] ، فحتى وان اختلفت الصياغة اللفظية بينهما أو تفاوت مقدار الإشارة إلى عناصر الصلح بينها إلا انهما يشتركان في التأكيد على العنصرين البارزين والمهمين في عقد الصلح وهما وجود نزاع إما سابق أو لاحق والتنازل المتبادل من كلا المتعاقدين.

و في رأيـــي: لعل المشرع الجزائري سعى لأن يوفق في تعريفه لعقد الصلح بين المدلول الشرعي والاصطلاحي والقانوني له وبين الوجهة الشرعية والمسار الديني المتبع وهو المذهب المالكي.

ثانيا : موضوع الصلح إنهــاء نــزاع

يجتمع كلا التعريفين في هدف الصلح من حيث انه عقد يبرم لإنهاء نزاع قائم أو محتمل الوقوع بين الطرفين ، وبالنظر إلى الصياغة اللفظية والعبارات المستعملة من كل التعريفات الواردة في المذاهب الفقهية الأربعة وكذا في التشريعات التي تناولها هذا البحث سيما التشريع الجزائري فهي متراوحة بين " رفع المنازعة" ، "حسم النزاع "،" ينهي النزاع"، " قطع النزاع" فهي وان كانت متماثلة المعنى نسبيا إلا أنها تشترك في معنى واحد ومن ثم دلالة واحدة لموضوع الصلح في إنهائه وحسمه للنزاعات بين الأطراف ، او بعبارة أخرى فان كلا من التشريع المدني الجزائري والمذاهب الفقهية قد تطرق إلى النزاع وإنهائه كعنصر من عناصر عقد الصلح .

وفي هذا الصدد ، جدير بنا أن نشير إلى نقطة هامة تثيرها المقارنة محل الدراسة وهي ان التشريع الحديث أوسع من الفقه الإسلامي في تعريف عقد الصلح بالمنظور العملي باستثناء تعريف الإمام ابن عرفة المالكي المنوه به ذلك أن النزاع موضوع الصلح يكون على ضربين في التشريع الوضعي ، فهو اما سابق للصلح فينهيه أو لا حق له يستوجب تفاديه وهذا أمر ظاهر من التعريفات التشريعية السابقة على خلاف التعريفات الإسلامية فإنها تقتصر في تعريفها للصلح على النزاع السابق ، وهذا الأمر في الفقه الإسلامي له تبرير وتعليل لدى الفقهاء الشرعيين ومدلوله أن النية الحسنة للمسلمين في تعاقداتهم وتصرفاتهم لا تثير النظر إلى المستقبل بحدوث نزاعات أو اختلافات وان للعقد - لديهم - ركنا معنويا جديرا بالعناية هو **" الصفاء في المعاملة "** [2]، ومن ثم وجب الحديث عن الصلح الذي موضوعه قطع ورفع النزاع السابق الذي قد يقع لأسباب متعددة بحسب أطراف وظروف وموضوع العقد .

ويجيب فقهاء هذا الرأي عند وقوع النزاع بعد إبرام العقد أو المعاملات بين الأطراف **ان لكل نزاع صلحا ما أمكن إنجازه** ، فلا فائدة من الحديث عن النزاع المستقبلي ولا عن الصلح الذي يتوقى به الطرفان نزاعا لاحقا مستقبليا ، وبالجملة فان الصلح يثار ويبرم عند حدوث النزاع حدوثا فعليا فيأتي الصلح متأخرا زمنيا عن النزاع. ولذلك جاءت معظم التعاريف لدى الفقه الإسلامي مقتصرة على النزاع الواقع قبل الصلح.

وللإمام النووي حجة في عدم إيراد النزاع المستقبلي في تعريفه للصلح ـ كسائر التعريفات الأخرى ـ وهي أن النزاع المستقبلي محتمل الوقوع فلا يمكن الحديث عن صلح

---

[1] / التشريع الجزائري هو محل المقارنة دون استبعاد توافقه مع التشريعات الحديثة الأخرى .

[2] / الامام النووي – روضة الطالبين وعمدة المفتين – الجزء 04 – المكتب الاسلامي بيروت 1405 هـ - ص 36 .

لنزاع محتمل الوقوع وفي ذلك إضرار بمراكز ومصالح الأطراف وافساد لمبدأ " الصفاء في المعاملة " .

وعلى غير ما ذهب إليه أصحاب هذا الرأي المعروض وتوافقا مع تعريف الإمام ابن عرفة المالكي في تعريفه لعقد الصلح وذكره للنزاع المحتمل ، فإني أرى أن الإلمام بالصلح الذي موضوعه نزاع مستقبلي جدير بالأخذ - كما ذهب إليه القانون المدني - وذلك بحجة نقلية في القرآن الكريم وهي ظاهرة لا تحتاج إلى دلالة استنباطية في قول **الله** تعالى : **(** وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير وأحضرت الأنفس الشح **)** .[1]

غير أنني باحتجاجي بهذه الآية الكريمة لإبداء الرأي لا أرى في ساداتنا الفقهاء تقصيرا ولا إغفالا ولا تغاضيا عما جاء في كتاب الله عز وجل وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بل إن الرأي يفرض الإبداء والحجة.

ثالثا : الصلح يتضمن التنازل المتبادل

بمقارنة التعريفات الواردة في الفقه الإسلامي مع التعريفات التشريعية فان الملاحظ مبدئيا التباين الموجود بينهما من خلال وجود عنصر التنازل عن الحقوق المدعى بها في التعريفات التشريعية - ما عدا التشريع الفرنسي كما سبق ذكره [2] - واضحا وجليا بخلاف التعريفات الشرعية الفقهية فإنها خلت من ذكر هذا العنصر، ويرى هذا الرأي جملة من الفقهاء ويؤكدون على الفرق بين التعريفين .[3]

غير أن التسليم بهذه الملاحظة وهذا الرأي يكون في حدود التعريفات الفقهية الشرعية محل الدراسة وباستثناء تعريف الإمام ابن عرفة المالكي ، فانه يرى أن الصلح : " انتقال عن حق أو دعوى لرفع نزاع أو خوف وقوعه " وفي مصطلح الانتقال أو الدعوى إشارة صريحة إلى تنازل صاحب الحق أو صاحب الدعوى عن ذلك ومن ثم يشترك هذا التعريف مع التعريفات التشريعية المدروسة في وجود عنصر التنازل ، بل وأبعد من ذلك وما دام الصلح عقد معاوضة - كما سيأتي بيانه في خصائص عقد الصلح - فان هذا الانتقال عن الحق أو الدعوى يكون على وجه التبادل بين الطرفين أي أن هناك تنازلا من الطرفين المتصالحين على وجه التبادل وهو الأمر الذي يحقق تماثلا كليا بين هذا التعريف الفقهي الشرعي والتشريع الجزائري على وجه الخصوص .

المبحث الثاني
عناصر عقد الصلح *

---

[1] / من الآية **128** من سورة النساء .

[2] / انظر الصفحة **24** من هذا البحث .

[3] / من بينهم الدكتور يس محمد يحيى – عقد الصلح – المرجع السابق - ص **138 .**

* لا تفارق على الإطلاق بين الفقهين الإسلامي و الوضعي حول مسألة عناصر عقد الصلح و أنه يتشكل و يقوم على عنصرين : وجود نزاع و تنازل متبادل ، و لذا سنتطرق إلى هذا الجانب دون إجراء مقارنة حسب منهج الدراسة .

إستنادا إلى المادة 459 من القانون المدني الجزائري التي تنص على مايلي :
" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".

ومن خلال المدلول الذي يظهر به عقد الصلح في التعريفات الفقهية و التشريعية و سواء في الفقه الإسلامي أو الوضعي ، فإنه يظهر جليا أن ما يميز الصلح وجود عنصرين هما وجود نزاع وتنازل متبادل بين المتصالحين ، [1] و يمكن اعتبار هذين العنصرين ركنين خاصين بالصلح إلى جانب الأركان العامة الموجودة في كل العقود و التي سيأتي التطرق إليها في الفصل الثاني من هذا البحث .

وإذا كان الأستاذ السنهوري ـ رحمه الله ـ يرى أنه يستخلص من المادة 549 من القانون المدني المصري المقابلة للمادة 459 من القانون المدني الجزائري ، أن للصلح ثلاثة مقومات هي وجود نزاع و تنازل متبادل ونية حسم النزاع ، فإننا لا نوافقه الرأي في اعتبار النية من عناصر الصلح ، لأن التعريف لا يتضمن لا صراحة و لا ضمنا اعتبار النية عنصرا فيه.

و إن تكن هذه النية لحسم النزاع موجودة فهي ظاهرة في العنصرين الآخرين ، وجود نزاع و تنازل متبادل عن الادعاءات فهما كافيان عن إيراد هذا العنصر مستقلا بنفسه .

و يؤسس الأستاذ السنهوري رأيه على أن الطرفين قد يتفقان على أمر ما يظهر كأنه صلح و نية حسم النزاع هي التي تبين وجود الصلح من عدمه ولكن جانب تمييز الصلح عن غيره من التصرفات المشابهة له يكون بأحد العنصرين وجود نزاع أو تنازل متبادل و ليس هناك حاجة إلى النظر في النية هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه إذا تم الاعتداد بأن نية حسم النزاع عنصر ظاهر لعقد الصلح فإن هذا يقود إلى القول أنه ينظر إلى النية التي يظهر بها الطرفان في أي تصرف دون تعريفه أو وصفه أو البحث في طبيعته وهو الأمر الذي يثبت أن نية حسم النزاع له قرينة ظاهرة بسيطة و هي العنصران الآخران محل الدراسة ، و زيادة على ذلك إذا كان الخلاف على عكس ذلك فإن مسألة العقود الصورية في القواعد العامة قد تكون محل حديث إزاء هذا الرأي .

و يسمى الأستاذ السنهوري رحمه الله هذه العناصر ـ بحسب نظره ـ مقومات عقد الصلح أي أن الصلح يقوم بـــها . وكما سيظهر فان تخلف أحد هذين العنصرين يقود إلى تغيير وصف الصلح إلى تصرف آخر ، بدليل أن هذين العنصرين هما اللذان يميزان الصلح عن باقي التصرفات التي تتشابه معه كما سنبينه ـ إن شـــاء الله ـ في موضعه من هذا البحث .

[1] / انظر العميد السنهوري – الوسيط – الجزء 05 ص 510 ،

المــطلب الأول

الصلح يقتـضي وجــود نــزاع

بديهي و ظاهر أن يعتبر هذا العنصر وهو وجود نزاع أول عنصري الصلح ، لأنه هو الداعي إلى الخصومة بين الطرفين ، و عليه هو الداعي إلى ترتيب و إبرام الصلح بينهما ، و لا عبرة بتسمية الطرفين للعقد صلحا إذا لم يوجد بينهما نزاع حول مسألة مالية كتسمية الإبراء صلحا فإنه لا يعتمد بالتسمية بل بالمضمون .

ومن خلال تعريف عقد الصلح في أحسن صوره فإن هذا النزاع قد يكون قائما بين الطرفين يدعو مباشرة إلى الصلح ، وقد يكون محتملا يريد المتصالحان توقيعه و الأمن من نتائجه بــإبرامهما للصلح .

أولا : النزاع القائم قبل الصلح

ينبغي معرفة مدلول النزاع القــائم ثم معرفة صوره و مظـاهره .

1/ مدلـــول النزاع القــائـم

لا يشترط القانون و لا الفقه قدرا معينا أو درجة محددة لــهذا النزاع ، بل قد يكون موجودا فعلا و حقيقة و قد يرى الطرفان أو أحدهما وجوده من خلال معطيات تفرز في ذهنهما تحقق التنافر في الرأي واعتقاد الأحقية لشيء ما ، ومنه يمكن القول أن النزاع القائم يكتسي طابعا شخصيا .

فإذا كان النزاع قائما فنكون بصدد ما يعرف بالصلح القضائي لأن النزاع إذا كان قائما فإنه يكون معروضا على القضاء ، ثم يحسمه الطرفان بالصلح ، ولكن يشترط في هذا الأمر أن يكون حكم القاضي لم يصدر بعد و إلا فإن النزاع الـقائم يعتبر محسوما بالحكم لا بـالصلح .[1]

2/ صـــور الــنزاع القــائـم:

قد يثار نزاع بين الطرفين في الواقع أي في موضوع معين حول جوهر الشيء ، كما في حالة النزاع حول وقوع الـخطأ من عدمه بين المسؤول عن الخطأ و المتضرر أو حول التعويض إذا كان المسؤول يقر بالخطأ ، فهذا النزاع حول هذه المسألة يفضي إلى الصلح بين الطرفين .

---

[1] / عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق - ص 509 .

و قد يكون النزاع القائم في القانـون ـ وهـي الصورة الأكثر انتشارا ـ و مثالـها تمسك شخص بسند ما و يقع نزاع بينه و بين آخر حول القيمـة القانونيـة لـهذا السند ، فهذا النـزاع قانوني يؤسس إبرام صلح بين طرفيه .[1]

و حسب رأيي فان فكرة النزاع القائم في القانون كمدعاة للصلح ، تعتبر تأسيسا سليما وواضحا لقاعدة عدم جواز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون ، وسنرى في الموضع المخصص لدراسة عيوب رضا المتصالح هذه المسألة بشيء من التفصيل .

ثـانيا : النـــزاع المحتمـــل

يظهر من النصوص التشريعية بما فيها التشريع الجزائري الخاصة بالصلح ومن التعريفات الفقهية في الفقهين الوضعي و الإسلامي سيما تعريف المذهب المالكي على لسان الإمام ابن عرفة رحمه الله للصلح ، أن النزاع الذي يأتي الصلح لإنهائه ليس من الضروري أن يكون قائما و مطروحا على القضاء ، بل يكفي أن يكون وقوعه محتملا مستقبلا بين الطرفين .

1 / مدلـول النزاع المحـتمل :

يعرف الصلح الذي ينهي النزاع المحتمل بالصلح غير القضائي ، و إذا كان النزاع القائم موجودا يراه الطرفان مطروحا على القضاء ، فإن الأمر يختلف حول النزاع المحتمل الذي يكون غير قضائي بحيث لا يكون موجودا وقت إبرام الصلح بل يكفي وقته اجتماع الطرفين على ضرورة توفير حماية مسبقة لشيء يخشيانه و يتوقعان حدوثه فيكون متسببا لـهما ضررا ما ، وبعبارة أخرى فإن النزاع المحتمل قد يقع بعد إبرام الصلح الذي يحتاط الطرفان بواسطته من خوف وقوعه ، و لا يكون كذلك إلاّ إذا كان النزاع المحتمل ذا أثر مساو لـما يحدثه النزاع القائم .

2 / ضوابط النزاع المحتمل في عقد الصلح :

إن النزاع المحتمل قد يكون محل اختلاف في تأسيسه مما يستوجب معرفة المعيار الملائم و المناسب لتحديد هذا النزاع ، وقد لقي هذا المعيار اختلافا في وجهات النظر بين الفقهاء نذكرها بإيجاز .

أ / المعيار الشخصي :

ويعرف بالمعيار الذاتي لأنه ينصب على ذات المتصالحين ، فالعبرة ليست بوضوح الحق بل في ما يعتقده الطرفان وما يقوم في ذهنيهما ، وما يهم هو وجود نزاع فعلي يجتمعان في الرأي حوله ، و هذا الاجتماع في الرأي حول وجود نزاع ما يعني أن أحدهما يدعي الأحقية دون الآخر ، و هنا يثار تساؤل بسيط و هو كيف يقدم المتصالح على الصلح معتقدا وجود نزاع مع علمه أنه صاحب حق في الدعوى ؟

و الجواب أن المتصالح الذي يكون متيقنا من كسب الدعوى يفضل الصلح على التقاضي لكسب الوقت و الجهد و المال و حتى السمعة ، ومن هذا التصور يكون القول بوجود نـزاع محتمل.

ب/ المعـيار الموضوعي :

---

[1] / عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق - ص 510 .

قد يختلف الطرفان حول مسألة قانونية بينهما ، فهذا التصور لإمكانية وجود اختلاف حولـها يدعو إلى القول بالنزاع المحتمل ، و سواء توافق مدلول كل من حكم القانون و الصلح أم تخالفا ، فإن هذا الاحتمال لوقوع نـزاع يبقى موجودا ويعتد به .

و يعطي بعض الفقهاء [1] تأسيسا صحيحا لذلك وهو عدم جواز الطعن في الصلح للغلط في القانون.

ج/ المعـيار المصلحي :

وهو مستمد من شروط قبول الدعوى التي من بينها وجود مصلحة في التقاضي كما في المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري و الذي يعرف بحق الدعوى ، وذلك باعتبار النزاع يكون محققا تبعا لثبوت حق الدعوى أي إمكانية التقاضي ، وعلى ذلك فإنه لا يكون النزاع دافعا للصلح إلاّ إذا وجدت مصلحة قائمة محققة كشرط لثبوت حق الدعوى .[2]

غير أن فكرة المصلحة المستقبلية تخرج من نطاق هذا التصور ، فلا ثبوت لحق الدعوى للطرفين بعدم قيام المصلحة ، غير أن هذا لا يمنع من قيام الصلح بينهما حول نزاع محتمل ، وهذا الخروج يجعل من المعيار المصلحي غير مضبوط .

د/ المعيـار الواقـعي :

يقوم هذا المعيار انطلاقا من مفهوم النزاع وتصوره فهو قائم على نكران أحد الطرفين لأمر يراه الآخر محققا ، فهذا النكران السلبي ينشئ النزاع المحتمل فيقوم الصلح عليه .

و الصلح ـ عند أصحاب هذا الرأي ـ يقوم على مركز قضائي لا على نزاع لعدم وجوده و تحققه بل إن النكران يقيم لصاحبه و لخصمه مراكز قضائية فقط .

هـ / تقـييم معايير النزاع المحتمل :

إزاء نقص هذه المعايير و نقدها فإننا نرى أن الأسلم حول هذه المسألة وهو اعتماد التصور الجامع الذي يشمل مميزات كل معيار من المعايير السابقة و بذلك تتسع دائرة النزاعات و يتسع معها نطاق الصلح بمفهومه المجمع عليه و لنضرب لذلك مثالا في القرارات الإدارية التي تضبطها عدة معايير : المعيار الشكلي من حيث شكل وصفة و صورة القرار ، و من الناحية الموضوعية بتغيير المراكز القانونية ، بالإضافة إلى معيار الجهة المصدرة للقرارات الإدارية .

و لا يخفى أن اتساع نطاق الصلح ـ بالإضافة إلى الفوائد الأخرى ـ يقود إلى تخفيف العبء عن القضاء .

---

[1] / انظر **ريبير وبلانيول وسافينييه** – رسالة في الصلح الجزء **11** الطبعة الخامسة **1954** – ص **1014** .

2 / يس محمد يحي – المرجع السابق - ص **84** .

المطـلب الثاني

التنـــــازل المتبـــــادل

إذا كان العنصر الأول وهو حسم النزاع أول عنصر للصلح ، فإن العنصر الثاني وهو النزول المتبادل يعتبر الفاصل بين الصلح وغيره من التصرفات و الإجراءات المشابهة له ، و تظهر أهمية هذا " الركن الخاص " في اختلاف الفقهاء حول موضوع النزول الذي يقوم به المتصالحان عن جزء من ادعاءاتهما أو حقوقهما.

وعليه سنعرض مدلول التنازل المتبادل ثم موضوعه كالآتي :

أولا : مدلـول التنــازل المتبــادل

من خلال تعريف عقد الصلح يظهر أن النزاع سواء كان قائما أو محتملا يكون منتهيا بين المتصالحين بدافع إقدامهما على تنازل كل منهما عن حقه أو ادعائه إلاّ ما ظهر عن المشرع الفرنسي الذي عرف الصلح دون مقــومه الأساسي وهو النزول المتبادل فوقــع في خلط مع كثير من التصرفات الأخرى .

و التنازل يقتضي التقابل أي أن عدم رجوع أحد الطرفين عن موقفه و عن ادعاءاته ، في الوقت الذي تنازل الآخر عن جزء من حقوقه ، لا يمكن أن يفهم منه قيام الصلح بين الطرفين فهو عبارة عن نزول عن الادعاء لا غير . [1]

ويظهر مدلول التنازل الذي يكون متبادلا في وجوبه ، لأنه حتى ولو اعترف المدعى عليه الحائز للعقار بموضوع الدعوى و كان قد أعطاه مبلغا من المال مقابل هذا الإدعاء لم نكن بصدد صلح بل أمام بيع أو هبة في حالة عدم المقابــل .

وكتطبيق لــهذا المفهوم فإن الاتفاق الذي بمقتضاه يتنازل الدائن عن جزء من الدين لمدينه على شرط أن يدفع له الباقي في أجل معلوم لا يعتبر صلحا ، لأنه لا يوجد تنازل إلا من طرف واحد بل إبراء من بعض الدين . [2]

وعلى ذكر تقابل هذا التنازل و تبادله بين المتصالحين فإنه من غير اللازم أن يكون هذا التبادل على وجه التعادل و التساوي ، ولذا فيمكن أن يتفاوت الطرفان في مقدار الادعاءات و الحقوق المتنازل عنها [3] لدرجة أن تساوي قيمة العقار المتنازل عنه مع المال الذي يعتبر كبدل للصلح يجعل من العقد المبرم بيعا و ليس صلحا .

كما أن التنازل المتبادل قد يقع على أصل الحق أو موضوع النزاع ، حتى أنه يمكن أن يقع على مصاريف الدعوى وتبــعاتــها .[4]

---

1 / عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق- ص **512.**

[2] / استئناف مختلط **21** يناير سنة **1891** – مجلة التشريع و القضاء المختلط – السنة الخامسة - ص **165** .

[3] / أكثم الخولي – العقود المدنية –مطبعة نهضة مصر – الطبعة الأولى **1957** - ص **16** .

2 / Planiol et ripert opcit n° **1566** - المرجع السابق

3 / الاستاذ صالح سعيدي – المرجع السابق– ص **23** .

كما يمكن أن يكون هناك حصول للطرفين على جزء من ادعاءات كل منهما ، بأخذ كل واحد كجزء من محل الصلح و جزء من المال ، كالصلح الواقع بين شخصين تنازعا حول عقار يكون موضوعه أخذ كل منهما لنصف العقار و التنازل عن قيمة من المال كبدل للصلح .[1]

ثانيا : موضوع التنازل المتبادل

قد يكون من الملاحظ بالتصور الأولي أن مفهوم التنازل المتبادل بين المتصالحين ومحل الصلح يغنيان عن الحديث عن موضوعه ، ولكن الاختلاف الوارد بين الفقهاء حول هذه المسألة يوحي و ينبئ بخصوصية هذا الجانب و ضرورة التطرق إليه ، من حيث مجال هذا التنازل وعلى أي شيء يقع .

وسنتناول بشيء من التفصيل موضوع التنازل المتبادل حسب النظريتين التقليدية الحديثة ونقدهما، و موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة .

1 / النظرية التقليدية في موضوع التنازل المتبادل :

أ / مضمون النظرية : يتلخص موقف فقهاء و أصحاب هذا الرأي حول موضوع النزول المتبادل بين الطرفين في اعتبار هذا التنازل واقفا على " الادعاء " لا على " الحق "، أي أن المتصالحين قد أبرما الصلح بينهما على أساس أن يتنازل كل واحد منهما عن جزء من إدعاءاته التي أدلى بها أمام القضاء .

ب / نقد النظرية :

ما يلاحظ أن مصطلح " الإدعاء " غير كاف و غامض ، وهو بعيد عن التحليل القانوني الدقيق الذي لا يمكن أن يقنع بفكرة النزول عن الادعاء ذلك أن " الادعاء " في ذاته مجردا عن المطالبة القضائية ، هو لفظ ليس له أي مدلول قانوني و لا يعبر عن أي فكرة قانونية [2]، و بالمنظور القانوني فإن الالتزامات التي تنشأ عن العقود محلها حقوق لا ادعاءات حتى أن فكرة الادعاء ليس لها مكان في لغة القانون لدى القدماء .[3]

كما أن الادعاء أو الدعوى تعتبر وسيلة لحماية الحق المدعى به ، أي أن الادعاء وسيلة لغاية هي الحق ، كما يمكن اعتبار الادعاء مظهرا ذا قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس للحق الذي يزعمه الطرفان .

وعليه إن التنازل عن الوسيلة لا يقود في الحقيقة إلى إنهاء النزاع ما دام الأمر متعلقا بالغاية ومضمون الادعاء وهو الحق ، فلا عبرة بالتنازل عن الوسيلة مع بقاء الحق المتنازع عليه .

هذه الوجوه وغيرها جعلت من النظرية التقليدية تكون معيبة وقاصرة وغير مؤسسة و بالتالي عرضة للنقد و طرح البديل وقد حمل لواء الهجوم على هذه النظرية الأستاذ " بواييه " Boyer في رسالته المشهورة عن الصلح و حاول ابتداع نظرية جديرة في هذا الشأن عرفت بالنظرية الحديثة .

2 / النظرية الحديثة في موضوع التنازل المتبادل :

---

2 / د . أكثم الخولي – المرجع السابق – ص 19 .

2 / بواييه – رسالة عن الصلح –رسالة دكتوراه جامعة تولوز باريس 1947 - ص 15 .

3 / بواييه – المرجع السابق – ص 51 .

أ / مضمون النظـرية :

أقـام الفقيـه " بوابيـه " هـذا الموقـف علـى أسـاس تحليـل مـضمون التـزام كـل مـن المتصالحين وهـو الأمـر الـذي يعتبـر غيـر محـدد بدقـة بـسبب الوقـوف عنـد القواعـد العامـة للعقود ، و إغفال خصوصية عقد الصلح من حيث تميز حق الـدعوى فيـه **Droit de l`action** الذي يختلف عن الحق المتنازع حوله .

ثم يخلص " بوابيه " إلى أن التنازل المتبادل ينصب على حق الدعوى الذي يعتبر خير وسيلة يلجأ إليها الطرفان بالصلح لإنهاء النزاع بينهما .[1]

و يظهر أن هذا التحليل قائم على أن فكرة " حق الدعوى " تبدو مستقلة عن الحق الذي تحميه الدعوى .

وممّا يرجع إليه بوابيه كتأسيس لموقفه ، هو ما عليه الفقه الحديث في عدم الخلط بين الدعوى و الحق الذي تحميه ، و إذا كانت كل دعوى يفترض أنـها تحمـي حقا من الحقوق إلا ان هناك بعض الحقوق غير مزودة بدعاوى كما ان هنـاك حـالات يجتمع فيها الحق و الدعوى لأحد الأشخاص و يكون استعمالتها لشخص آخر.[2]

و أمام موقف الفقه الحديث في فرنسا بإمكانية وجود الحق بدون دعوى دون أن تكون هناك استقلالية بين حق الدعوى و الحق الذي تحميـه ، إلاّ أن الفقيـه **بوابيـه** يؤكد أن حق الدعوى لـه استقلال عن الحق الأصلي الذي تحميـه الـدعوى ، و قد أقــام لذلك حججا و براهين قانونية على أساس دحض النظرية التقليدية في هذا الصدد [3]،

مع الاعتراف و التصريح بوجود علاقة تأثر و تأثير بين الحق المتنازع حوله وحق الدعوى .

ويضفي " بوابيه " على حق الدعوى الطبيعة القانونية ل الملائمة له من انه حق ثابت لكل فرد في الطلب من القضاء إنهاء نزاع معين طبقا لقواعد القانون .

و يلاحظ " بوابيه " كذلك أن حق الدعوى ولو أنه حق شخصي إلاّ أنـه ليس من حقوق الذمة المالية وإذا كان هذا الحق يملكه كل شخص إلاّ أنـه من الممكن اعتبـاره حقـا عامـا أو ميـزة من مميزات الشخصية القانونيـة ، و هـذه الحقيقـة القانونيـة تجعلـه لا يـرتبط بشيء مقيد بالذات و أنها تضفي عليه صفة الاستغلال .[4]

ثم ينتهي إلى أن حق الدعوى ـ سواء باعتباره شخصيا أو وسيلة ـ يكون محلاّ لالتزام الطرفين في عقد الصلح و بالتالي هو موضوع التنازل المتبادل بينهما .

---

1 / بوابيه – المرجع السابق – ص 53 .

2 / بوابيه –المرجع السابق – ص 54 ،56 .

3/ بوابيه –المرجع السابق – ص 65-66 .

ب. نـقد نظريـة بوايـيـه Boyer :

بعد جمع الفقيه " **بوابيه** " لكل الأدلة و النظريات و الآراء ونقدها و تمحيصها و اقتناء مزاياها ، و بعد معارضة لبعض ما استقر عليه الفقه الفرنسي الحديث من حيث فقه القانون المدني وفقه المرافعات ، خلص في الأخير إلى أن التنازل المتبادل في عقد الصلح و طبيعته القانونية أنه تنازل عن " حق الدعوى " و أن هذا الحق مستقل عن " الحق الأصلي الذي تحميه الدعوى " .

ولكن بالمنظور العملي و القضائي فإن مضمون نظرية بوابيه تجد لـها صعوبة في التطبيق ، لأن الدعوى ليست قائمة لحماية ذاتها ، و إنما هي لإثبات الحق و إقامته أمام القضاء . وهو الوجه الذي يجعل من القول باستقلالية حق الدعوى عن الحق الذي تحميه غير مقبول و مردودا، و عدم قبول هذا الوجه أدى بالفقيه بوابيه إلى تدارك هذا الموقف ، فبعد أن كان يصرح بالاستقلالية بين الحق الأصلي وحق الدعوى ، إلاّ أنه جعل هذه الاستقلالية نسبية ـ في آخر نظريته ـ من خلال وجود علاقة تأثر و تأثير بينهما كذلك .[1]

ونعتقد أن انتشار فكرة قيام التنازل المتبادل عن الحق الأصلي ، قاد بالفقيه بوابيه إلى التصريح بأن التنازل عن الحق الأصلي يتضمن تنازلا عن حق الدعوى .[2]

وقد حاول أنصار واتباع نظرية " بوابيه " تبرير النظرية بأن التنازل عن حق الدعوى يعبر عن حقيقة ما يقصده المتصالحان ، و هو تفادي عرض الأمر على القضاء ، غير أن هذا الوجه ـ وإن كان صحيح الصياغة و المرجع ـ فإنه مردود نسبيا لأن هناك الصلح القضائي الذي يتم أثناء نظر الدعوى أمام القضاء .

3 / موقف المشرع الجزائري من موضوع التنازل المتبادل :

بعد استعراض اختلاف الفقهاء حول موضوع التنازل المتبادل في عقد الصلح ، وتنوعه إلى رأيين :

رأي يرى أن النزول المتبادل يقع على الادعاءات المطروحة أمام القضاء ، و آخر يرى أنه ينصب على حق الدعوى باستقلاله عن الحق الأصلي .

وإذا أردنا معرفة موقف المشرع الجزائري حول هذه المسألة فإن المادة 459 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي :

---

[1] / بوابيه – المرجع السابق – ص 66 .

[2] / بوابيه – المرجع السابق – ص 66 ، 67 .

" الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا ، و ذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه " .

وهذا النص ـ زيادة على ما فيه من ملاحظات ـ [1] فإنه يستعمل مصطلح التنازل عن الحق وهو يفيد تباينا مع المشرع المصري الذي يميل للنظرية التقليدية في استعمال مصطلح " ادعاءاته " في المادة 549 من القانون المدني المصري .

فالمشرع الجزائري في هذه النقطة بالذات كان موفقا من الوجهة العامة لعقد الصلح و الحقوق المتنازع عليها ، و هو الموقف الذي يؤكد رغبة المشرع الجزائري في التأكيد على الحقوق و التذكير بأهمية الصلح في الحفاظ على استقرارها فالعبرة عنده باستقرار الحقوق لا باستقرار الادعاءات .

ونشاطر المشرع الجزائري الرأي في هذا الميل و هذا التوجه خاصة أنه يعتبر تبريرا منه لمسألة تبويب الصلح ضمن العقود الواردة على الملكية . [2]

المبحث الثالث

تمييز عقد الصلح عن النظم المشابهة له

إن تعريف عقد الصلح يتضح مدلوله وموضوعه من الناحية النظرية ، لكن الجانب العملي أي سريان المعاملات و التعاقدات بين الأطراف يثير عدة أوضاع وتصرفات تتقارب مع عقد الصلح من حيث الحاجة إليها وكذا من حيث ورودها بمناسبة وجود نزاع مدني أو تجاري أو غيرهما .

وعلى ذلك وجب تمييز عقد الصلح عن غيره من التصرفات المشابهة له وذلك لاتمام مفهومه من الناحيتين النظرية والعملية ومن ثم إعطاء أوجه ومظاهر الفائدة منن هذا التمييز.

المطلب الاول : تمييز الصلح عن غيره من النظم والتصرفات
المطلب الثاني : فائدة تمييز الصلح عن غيره من التصرفات

[1] / انظر الصفحات 26، 27، 28 من هذا البحث .

[2] / يرجع لموقفنا إزاء ذاك في الصفحة 26 من هذا البحث .

المطلب الأول

تمييز الصلح عن غيره من النظم المشابهة له

يتقارب عقد الصلح في تعريفه مع جملة من التصرفات القانونية العديدة خاصة من الناحية العملية القضائية ، وأهم هذه التصرفات والنظم ما يلي :

أولا :الصــلح والتحكــيم

1/ ماهـية التحكـيم :

يعرف الدكتور سيف الدين محمد البلعاوي التحكيم كما يلي :
" التحكيم في معناه العام هو أن يلجأ طرفان متنازعان الى من يحكمانه في حل نزاعهما القائم بينهما مع التعهد عادة باحترام قرار الحكم وتنفيذه ، ويتم اختيار المحكم بمعرفتهما حيث يتفقان مقدما على قبول حكمه وارتضاء تنفيذه " [1]
ويرى الدكتور أحمد أبو الـوفا : أن التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على محكم أو اكثر بشرط أن يكون عددهم وتـرا ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به .[2]
ومما يعرف كذلك في مجال التحكيم بصدد اتفاق الأطراف عليه :أن هذا الاتفاق إذا كان ضمن نصوص وبنود العقد الجامع للطرفين فإن هذا البند يسمى : "شرط التحكيم " CLAUSE COMPROMISSOIRE.
و أما إذا كان الاتفاق مفرغا في إطار خارج عن العقد منفصل عنه فإن هذا ما يعرف بمشارطة التحكيم " COMPROMIS وكل منهما يتضمن "اتفاق التحكيم "

ويكون إبرام التحكيم بين الطرفين عند حدوث نزاع بينهما ما لم يصل إلى الخصومة القضائية ، غير أن النزاع إذا كان معروضا على القضاء فيمكن طلب التأجيل أو وقف الخصومة إلى حين الفصل فيها من المحكم .

2 / المقارنة بين الصلح والتحكيم :

يظهر من تعريف التحكيم ما يثير ملاحظات للتشابه والاختلاف مع عقد الصلح .
فهما يشتركان في أن كلا منهما يهدف إلى إنهاء نزاع بين الأطراف دون اللجوء إلى حكم القضاء ويختلفان في أن المتصالحين يتوليان الصلح بنفسيهما بعكس التحكيم الذي يقوم به المحكمون كما أن وجه الاختلاف يظهر كذلك من الناحية الإجرائية ، لأن التحكيم قد خص من طرف المشرع الجزائري ببنود خاصة تنظم أحكامه وشروطه وحدوده في

---

[1] / سيف الدين محمد البلعاوي – التحكيم الدولي بين النظرية والتطبيق – المجلة الجزائرية **1989** رقم **02** ص **438** .

[2] / الدكتور أحمد أبو الوفا – التحكيم في القوانين العربية – منشأة المعارف بالإسكندرية الطبعة **01** – **1970**- ص **11** .

المواد من 442 الى 458 مكرر 26 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري ،[1] فالجوانب المنظمة بهذه الأحكام تتعلق بموضوع التحكيم والشروط المتعلقة بالمحكمين وكذا بالإجراءات ووقف الخصومة أمام القضاء للتحكيم وعزل المحكمين وردهم . وقرارات التحكيم وطرق إصدارها والطعن فيها وأوجه ذلك ، وكذلك تنفيذ هذه القرارات ، فكل هذه الجوانب لا تنطبق على مدلول الصلح وإبرامه ومضمونه ، ومما يلاحظ كذلك في مجال التحكيم أنه يختلف عن مجال الصلح في المسائل التي يتناولـها باستثناء ما تعلق بالحالة الشخصية والنظام العام فإن كلا من عقد الصلح و التحكيم لا يتعرضان لـها ولا يجوز الصلح ولا التحكيم فيها.

وهذا ظاهر من نص المادة 461 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالصلح والمادة 442 / 2 من قانون الإجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم ولعل أبرز ما يميز الصلح عن التحكيم أن من عناصر الصلح حسب تعريفه وخصائصه التنازل المتبادل عن الحقوق والادعاءات وهذا يعد عنصرا جوهريا في الصلح بخلاف التحكيم فإنه لا حديث عن تنازل عن الحقوق بصدده فالطرفان يلجئان للتحكيم ليحكم لأحدهما بحقه كاملا دون تنازل كلي أو جزئي من الخصم .

ومما تجدر الإشارة إليه في سياق الحديث عن المقارنة بين الصلح والتحكيم أن الصلح قد يكون صورة عملية من صور عمل المحكمين متى كانوا مفوضين لذلك ، فبالرجوع الى المادتين 3/451 و458 مكرر15 من قانون الإجراءات المدنية فإن المحكمين يكونون مؤهلين ـ متى كان مفوضا لـهم ـ لإجراء الصلح بين الأطراف المتنازعة ، ولعل هذا الجانب التشريعي والنظرة التأملية في هذه النصوص القانونية جديرة بأن تبين الفرق بين النظامين .

ثانيا : الصلح وترك الخصومة

1/ مدلول ترك الخصومة :

ترك الخصومة : " معناه التنازل عنها وبديهي ان هذا التنازل لا يصدر إلا من المدعي الذي رفع الدعوى فأقام بذلك الخصومة ، ولا يعقل أن يكون ذلك من إمكانيات المدعى عليه .

وإذا لم يلتزم المدعي بالمضي في الدعوى التي رفعها ، ولا تملك المحكمة ـ مهما كانت مصلحة العدالة- إلزامه بذلك ، وهذا أثر من آثار الصفة الخاصة للدعوى المدنية ، وبهذا كان ترك الخصومة جائزا أمام جميع طبقات المحاكم بما في ذلك محكمة النقض حتى ولو كان القصد من ذلك إعادة الطعن بالنقض ".[2]

2 / مقارنة الصلح بترك الخصومة :

من ظاهر تعريف ترك الخصومة وتعريف الصلح يتبين الفرق الجوهري بين الأمرين ، ففي الصلح تنازل متبادل بين الطرفين عن جزء من حقوقهما، أما في ترك الخصومة فإن التنازل عن الحقوق وعن الادعاءات يكون من طرف واحد .

---

[1] / الأمر 154/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93/ 03 المؤرخ في 25/ 1993/04.

[2] / الدكتور أحمد مسلم – أصول المرافعات (التنظيم القضائي)- يرجع فيه الى نقض مدني 1932/02/18 .

وبالنظر إلى الناحية الإجرائية فإن الذي ترك الخصومة يمكنه معاودة الادعاء وتجديد النزاع ، بينما لا يمكن للمتصالح العودة إلى النزاع الذي أنهي بموجب الصلح .

ومما يوضح كذلك تباين الصلح عن ترك الخصومة من ناحية سلامة الإرادة ورضا المتنازل ، ان الصلح عقد تبادلي يتم فيه التنازل برضا الطرفين ، أي أن كل متعاقد يرضى بطلبات خصمه نسبيا مقابل نفس التنازل ، بينما لا يشترط رضا المدعى عليه -في غالب الأحوال العملية - في ترك المدعي للخصومة.

ثالثا : الصلح وحوالة الحق

1/ حوالـة الحق:

تنص المادة **239** من القانون المدني الجزائري على أنه : " يجوز للدائن أن يحول حقه الى شخص آخر إلا إدا منع دلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الإلتزام وتتم الحوالة دون حاجة الى رضا المدين "

وحوالة الحق هي : " عقد بين الدائن السابق ويسمى الـمحيل والدائن الجديد ويسمى المحال له ، ينقل بموجبه حقه الشخصي قبل المدين ويسمى المحال عليه أي يحل محله في اقتضاء حقه من المحال عليه ". [1]

2 / مقارنة الصلح بحوالة الحق:

إن موضوع حوالة الحق وطبيعتها تبينان بوضوح ما يتميز به الصلح عنها ، ففي هذا الأخير لا بد أن يكون هناك تنازل متبادل عن جزء من الحقوق ، بينما في حوالة الحق فإن مضمونها انتقال حقوق ولـهذا هناك فرق كبير بين انتقال الحقوق والتنازل عنها . ولعل ما يقارب النظامين ويجعلهما محل مقارنة هو نتيجة كل منهما في إرضاء الخصوم وحسم النزاع بينهما . [2]

رابعا: الصلح واليمين الحاسمة

1 / مدلول اليمين الحاسمة :

هي اليمين التي يوجهها المتقاضي إلى خصمه داعيا في ذلك ضميره لحسم النزاع ، فهي وسيلة للإثبات عند فقد الأدلة القانونية فيطلب منه الحلف ، فإذا حلفها الخصم كسب الدعوى ، وإذا ردها إلى خصمه الذي وجهها أصبح هذا الأخير هو الملتزم بالحلف فلا يجوز له رد اليمين مرة ثانية على من ردها عليه ، ومن وجهت إليه اليمين أو ردت عليه فنكل عنها فإنه يخسر دعواه ، ويتبين مما سبق أن اليمين الحاسمة تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة **Acte juridique unilatéral** ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين.

2 / مقارنة الصلح باليمين الحاسمة:

---

[1] / الدكتور محمد حسنين – الوجيز في نظرية الإلتزام –المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية **1983**- ص **331** .

[2] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص **123** .

إنطلاقا من اعتبار اليمين الحاسمة تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة فإن هذا يبين اختلاف اليمين الحاسمة عن الصلح الذي يتضمن تنازلا متبادلا لكل من المتعاقدين عن بعض حقوقهما .

ولعل ما يجب تبيانه أن كثيرا من الفقهاء [1] يسمون أثر اليمين الحاسمة صلحا ، وبذلك يختلط الأمر بين النظامين لديهم حتى عند القضاء المصري السابق قبل صدور القانون المدني الحالي ، فمع أثر النظامين المشترك في حسم النزاع في آخر الأمر إلا أن لكل منهما طبيعته الخاصة و أحكامه المستقلة .وقد يكون تبرير ذلك في الاعتبار اللغوي للصلح من أنه السلم وعكس المخاصمة، لكن لا بد من إعطاء الوصف القانوني المميز لكل من الأمرين .

كما أن الصلح عقد يفرض إيجابا وقبولا ، والقبول بمعنى ثبوت الخيار دون الإلزام وانتفاء الخيار للمتعاقد يفيد عدم التراضي وعدم التعاقد ، بعكس اليمين الحاسمة فإن من توجه إليه اليمين لا يستطيع أن يرفض من وجهها إليه بل هو مقيد بالاختيارات الثلاثة المحددة قانونا ، إما تأديتها أو النكول عنها أو ردها على الخصم .[2]

خامسا : الصــلح والقسمــة

1 / مدلـول القسمة :

تنص المادة **722 / 1** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق " .

والقسمة قد تكون اتفاقية تتم باتفاق الشركاء مثلما نصت عليه المادة **723** من القانون المدني الجزائري ، وقد تكون قضائية في حالة اختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع أو إذا كان أحدهم ناقص الأهلية ولم يؤذن له بلاشتراك في القسمة الاتفاقية وقد نصت على ذلك المادة **724** من القانون المدني الجزائري .

فعقد القسمة تنطبق عليه الأحكام العامة للعقود من حيث صحته وتنفيذه .

2 / مقارنة القسمة بالصلح :

يشترك كل من القسمة والصلح في أنهما تصرف عقدي ولكن الوجه الحقيقي للتقارب بينهما هو أن القسمة الاتفاقية تتضمن نوعا من الصلح لأنها تهدف إلى منع النزاع .[3]

وهنا وجب التمييز بين صورتين :

فإما أن يتقاسم الشركاء المال الشائع بينهم بالتراضي الصحيح وينال كل منهم نصيبه كاملا و أفرغوه في عقد قسمة فإن هذا الأخير لا يتضمن صلحا لعدم وجود نزاع بينهم .

---

[1] / أمثال العميد المرحوم عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **02** –دار إحياء التراث العربي **1952**- ص **433** .

[2] / انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الحالي – الجزء **03**- ص **445** .

[3] / مع ذهاب بعض الفقهاء مثل " بيدان" **PIDANT** – محاضرات في القانون المدني الفرنسي – ص **393** . حيث يرى مع بلانيول وسافينييه وريبير أن القسمة لا تهدف في كل الأحوال الى منع النزاع خاصة أن الصلح يقتضي نزاعا محددا وجديا.

وإما أن يتنازع الشركاء حول الأنصبة والحصص ثم يتصالحون على أنصبة محددة بينهم فإذا وصفوا العقد أنه قسمة رضائية ، فإن هذا العقد يتضمن صلحا لحسم الخلاف حول الأنصبة .

ومع اشتراك الصلح والقسمة في الهدف إلى إنهاء النزاع ورفعه فإنهما يفترقان كذلك في عنصر التنازل المتبادل عن جزء من الحقوق المقيم لعقد الصلح والمنعدم في عقد القسمة .

سادسا :الصلح و إقرار العــقد

1 / ماهية إقـرار العقد :

إقرار العقد هو عمل قانوني صادر من جانب المقر ، وهو من الغير فيجعل العقد بهذا الإقرار ساريا في حقه ، كالمالك يقر بيع الغير لملكه وكالموكل يقر عقدا أبرمه الوكيل تجاوز فيه حدود وكالته .

ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن الإقرار " هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد ".[1]

2 / المقارنة بين الصلح و إقرار العقد :

مما سبق يتبين أن الإقرار يعني عدم إثارة البطلان الذي صدر الإقرار من أجل تغطيته أو بعبارة أخرى فإن الإقرار يفترض قبول البطلان وعدم المنازعة بشأنه ، وهذا الوجه يبين المفارقة مع عقد الصلح الذي يشترط وجود نزاع جاء الصلح لحسمه .

ومن جهة أخرى فإن الإقرار لا يشترط وجود المقابل بعكس الصلح الذي يتميز بالتنازل المتبادل عن بعض الحقوق .

ومن ناحية صرف الإرادة إلى التصرف القانوني فإن الإقرار تصرف بإرادة منفردة بينما الصلح تصرف تعاقدي يتم بإرادتين متطابقتين.

غير أنهما يشتركان في أثرهما وهو سريان التصرفات والاعتراف بالإدعاء بها سواء بالتنازل عند إنكارها أو بالموافقة على وجودها في حالة الإقرار .

سابعا : الصــلح والمصــالحة

1 / مدلول المصـالحة :

عند تنوع وكثرة المنازعات والاختلاف في الرأي المؤثر على الجوانب المالية للأطراف فإن لأهل الاختصاص والمؤهلين اجتماعيا ووظيفيا والمحددين قانونا ، تأثيرا في رفع النزاعات وتفاديها وتقريب وجهات النظر بين المتخاصمين والمتباعدين في الرأي .

ومن ثم تأتي فكرة المصالحة التي هي وسيلة هذا التأثير في الحقوق والآراء ، والمصالحة إذا إجراء قانوني يسبق النظر في النزاع أمام القضاء ، وبعبارة أخرى المصالحة إجراء وقائي سابق للخصومة وفصل القضاء في النزاع .

---

[1] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء 02 – ص 471 .

وللمصالحة القانونية مجالات محددة قانونا ولعل أبرز مظاهرها من الناحية الكمية للنزاعات المطروحة على القضاء المصالحة في مسائل الطلاق والمصالحة في منازعات العمل والمصالحة في دعاوى إلغاء بعض القرارات الإدارية والمصالحة في المسائل الجمركية ، ونتناول هنا مثالــين عن هذه المصالحات .

أ/ المصالحة في مسائل الطلاق:

نصت المادة **49** من قانون الأسرة الجزائري على وجوب إجراء الصلح :

" لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد ممارسة الصلح من قبل القاضي دون أن تتجاوز هذه المدة ثلاثة أشهر"

وهذا المبدأ مجسد قضاء من قضاة الموضوع ومن قضاة القانون بالمحكمة العليا .[1]

كما نصت المادة **56** من قانون الأسرة الجزائري على مايلي :

"إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ، يعين القاضي الحكمين حكم من أهل الزوج وحكم من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا على مهمتهما في أجل شهرين".

ومما يتعين ذكره من باب الأمانة والاعتراف بالقدرة الإلهية والحكمة الربانية للمولى عز وجل – دون أن يكون هناك إنكار من المشرع الجزائري- أن هذه المادة السابقة مأخوذة في روحها وهدفها وفائدتها بل وحتى في صياغتها من قول **الله** تعالى (وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما إن الله كان عليما خبيرا) [2]

وعلى ذلك ومن الواقع العملي للمصالحة بين الزوجين فإن المصالحة تكون موضوعا لدعاوى الطلاق ودعاوى التطليق بحيث يحدد القاضي [3] جلسة خاصة للزوجين يحضران فيها بنفسيهما أو ممثلين بالدفاع في حالات جد استثنائية مبررة ، ويعرض القاضي على المدعي بالطلاق أو المدعية بالتطليق تسبيب طلبه والأسباب الدافعة لذلك ويطلب بعدها من الخصم رأيه في ذلك ، وبالجملة فإنه يحاول ما أمكن ذلك عرض استئناف الحياة الزوجية ومعالجة المشاكل والعقبات بينهما أمامه كما يمكن له أن يمهلهما مدة زمنية يحددها لمراجعة الأمر بينهما، ثم يحرر محضرا بهويتهما وأقوالهما وطلباتهما ثم يوقع القاضي مع الزوجين وكاتب الضبط على المحضر الذي يتضمن الصلح أو عدم الصلح في حالة فشل المصالحة بينهما . ويكون هذا المحضر مرجعا للقاضي في معرفة وتقدير طلبات الطرفين ومقاصدهما.

وبالجملة فإن المصالحة في مسائل الطلاق إجراء شكلي جوهري قانونا غير مجد وغير فعال قضاء ، بدليل أن غالبية محاضر جلسة المصالحة تنتهي بعدم الصلح .

---

[1] / من أمثلة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا القرار رقم **200198** المؤرخ في **1998/07/21** – نشرة القضاة عدد **56** .

[2] / الآية **35** من سورة النساء.

[3] / **أقول** القاضي وليس غيره في هذا المحال لان المادة **56** من قانون الأسرة الجزائري لم تر التطبيق في جميع أنحاء الوطن من حيث إسناد القاضي الإصلاح بين الزوجين إلى الحكمين أو إلى ذوي الكفاءة بل إن المعمول به على وجه العموم هو أن المصالحة لا تتم إلا من قاضي الأحوال الشخصية.

وأرى أن السبب في ذلك هو في القائم بـه لأن القضاة يرون أن الخصوم يتمسكون بما في عرائضهم مع عدم الحزم من القاضي في إقناع الزوجين على التنازل عن ادعاءاتهما ولكثرة المدعوين للمصالحة في جلسة واحدة .

ب/ المصالحة في بعض المنازعات الإدارية :

تنص المادة **07** من قانون الإجراءات المدنية الجزائري [1] على حدود اختصاص المجالس القضائية حسب التنظيم للنظر في بعض الدعاوى الإدارية سيما دعاوى الإلغاء ضد القرارات الصادرة عن الهيئات المحلية .

وتنص المادة **169 مكرر/3** من قانون الإجراءات المدنية الجزائري [2] على ما يلي :

" يقوم القاضي بإجراء محاولة صلح في مدة أقصاها ثلاثة أشهر "

وعلى ذلك فإن دعاوى الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الهيئات المحلية أصبح بموجب القانون رقم **23/90** تحت طائلة بطلان الإجراءات من اللازم على القاضي إجراء مصالحة بين الطرفين بعد استدعائهما .

وقد يصل القاضي إلى توحيد أفكار المتخاصمين والتقريب بينهما وإلى اتفاقهما حول بعض أو كل المسائل محل النزاع فيصدر القاضي قرارا باتفاق المتخاصمين ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة السابقة **169 مكرر/3** : " وفي حالة ما إذا تم الصلح يصدر المجلس قرارا يثبت اتفاق الأطراف ويخضع هذا القرار عند التنفيذ إلى الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون "

وقد يفشل القاضي في هذه المصالحة فيحرر محضرا بعدم الصلح ، وتنص الفقرة الثالثة من نفس المادة **169 مكرر/3** : " وفي حالة عدم الوصول إلى اتفاق يحرر محضر عدم الصلح وتخضع القضية إلى إجراءات التحقيق المنصوص عليها في هذا القانون ".

2 / مقارنة بين الصلح والمصالحة :

مما سبق يتبين أن المصالحة هي الإجراءات التي تسبق فصل القضاء في النزاع والتي يشترطها القانون في بعض المسائل والتي يكون الهدف منها هو محاولة التوفيق بين الأطراف وتقريب وجهات نظرهم في النزاع ، وعلى ذلك إذا نجح القائم بالمصالحة في هذا المسعى فإنه يكون قد أبرم عقد صلح بين الطرفين المتنازعين برفع الخصام بينهما .

ومن خلال هذا المفهوم للمصالحة ومن خلال تعريف الصلح يظهر التباين بين الأمرين ، فالمصالحة إجراء قانوني والصلح تصرف تعاقدي ، والمصالحة محاولة ووسيلة قصد الوصول إلى الغاية المتمثلة في الصلح بين المتنازعين .

وبالمناسبة فإن بعض القضاة والملاحظين يرون أن المشرع الجزائري لم يوفق في صياغة المادة **49** من قانون الأسرة إذ نص على" الصلح " وكان عليه أن يورد " المصالحة " .

ولكني لا أشاطرهم هذا النقد وأرى أن المشرع الجزائري قد وفق في اللفظ أيما توفيق وذلك من جانبين :

أولهما : أنه نص على" محاولة الصلح " وليس على الصلح مما يدل على أنه قصد الإجراء المتمثل في المصالحة .

---

[1] / المعدلة بموجب المادة الأولى من القانون رقم **23/90** المؤرخ في **1990/08/08** .

[2] / المعدلة بموجب المادة السابعة من القانون رقم **23/90** المؤرخ في **1990/08/08** .

ثانيهما : أنه لم يستعمل المصالحة مثلما استعملها في منازعات العمل ولكنه أشار إلى" محاولة الصلح " بهذا اللفظ ليبين قيمة الهدف من المصالحة وهي الوصول إلى الصلح ، وبعبارة أخرى لحث القضاة على الحرص في التوفيق بين الزوجين و لإبراز أهمية المصالحة في أنها لا تؤدي إلا إلى الصلح ، وهو الأمر الذي يكاد يكون منعدما بالنظر إلى محاضر عدم الصلح ونسبة الطلاق المرتفعة في الجزائر .

المطلب الثاني

فائدة تمييز الصلح عن غيره من التصرفات

إن طبيعة عقد الصلح ومضمونه وسمو الهدف منه من النواحي الشرعية والقانونية والقضائية تعطيه تقاربا وتشابها وتباينا مع بعض الأنظمة والتصرفات المشابهة له - موضوع الدراسة السابقة - غير أن ما يجب الاهتمام به هو فائدة هذا التمييز ، إذ أن لهذه المقارنة فائدة بالغة من الناحيتين النظرية والعملية بتوضيح الفروق ومظاهر التشابه والاختلاف .

أولا : من الناحية النظرية

إن معرفة حدود عقد الصلح ومضمونه ومحله وعناصره لا يكون إلا بعد تمييزه عما يتشابه معه وبالمفهوم العكسي فإن هذا التمييز يظهر في المفاهيم التشريعية والفقهية لعقد الصلح .

1 / تأثير تمييز الصلح عن غيره على التعريفات التشريعية:

لعل أبرز التعريفات التشريعية التي تكون محلا لهذا الحديث هو تعريف عقد الصلح في التشريع الفرنسي ،[1] فقد نصت المادة **2044** منه على ما يلي :

" الصلح عقد يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا " .

وقد سبق الحديث عن قصور هذا التعريف حسب رأي الفقهاء الفرنسيين ووجوب مراجعته ولكن المراد من هذا الجانب هو تبيان سبب القصور في هذا التعريف وهو تداخل الصلح مع غيره من التصرفات وبعبارة أخرى فإن عدم ذكر كل عناصر العقد في تعريف الصلح يفتح الباب إلى اختلاطه مع غيره ، و هنا تظهر فائدة تمييز عقد الصلح

[1] / راجع الصفحة **24** من هذا البحث.

عما يشابهه في صياغة الألفاظ المميزة له وكأن المشرع حين يصوغ تعريف الصلح فإنه يراعي التعبير والألفاظ التي لا تدع مجالا للبس والاختلاط .

كما تظهر فائدة تمييز الصلح عن غيره في الجانب التشريعي في سلامة التبويب وصحة تفصيل وتوزيع الأنظمة المشابهة للصلح ، وبعبارة أخرى فإن تباين الصلح عما يشابهه ينتج عنه تناول أحكام الصلح في الباب المناسب له ولا يكون هناك خلط في التبويب والتقسيم بين الصلح وبعض التصرفات كالتي تناولنا تشابهـــها معه .

2 / تأثير تمييز الصلح عن غيره على التعريفات الفقهية :

إن ملازمة الفقه للنصوص التشريعية أمر وجب اعتباره وعدم إهماله ، إذ أن الفقه الذي يتضمن جملة من الآراء التي توازي النصوص التشريعية وذلك بإحدى الطرق الثلاثة ، إما لإلغائها أو استبدالها أو تعديلها لأن المشرع وضع التعريف أو النص القانوني بفرض اجتهاده وعلى ضوء ما يلاقيه من نقد الفقهاء ، بل لعل أبرز الدواعي إلى تعديل القوانين هو تأثير الفقه المراقب لهذه النصوص .[1]

و إذا رجعنا إلى المثال السابق المتمثل في تعريف المشرع الفرنسي لعقد الصلح فإن هذا التعريف تعرض -كما سبق ذكره - إلى العديد من الانتقادات لقصوره وعدم مراعاته لعنصر التنازل المتبادل عن جزء من الحقوق من طرف الفقهاء والملاحظين .

وما يهم هنا في هذا السياق أن الداعي إلى الملاحظة على التعريف وتوجيه النقد له والمطالبة بتعديله هو أن هذا التعريف يقود إلى الخلط بين الصلح وجملة من التصرفات المشابهة له ، ومن ثم فإن تمييز الصلح عما يقاربه هو الدافع إلى وضع تعاريف فقهية تسعى إلى اعتمادها كتصحيح وتعديل للنصوص القانونية .

ثانيا : من الناحيــة العمليــة

إن المقصود بالناحية العملية هو مجال تطبيق النصوص التشريعية المعرفة لعقد الصلح وكذلك الأشخاص المطبقون لها والمعنيون بأحكام الصلح وعلى ذلك نرى أثرا بالغ الأهمية لتمييز الصلح عن غيره في تطبيق نصوصه ، يستوجب تفصيله على النحو الآتي :

1 /تأثير تمييز الصلح عن غيره على عمل القضاء :

إن السلطة القضائية هي الجهة المعنية بتطبيق أحكام ومقاصد القانون عند رفع الخصومات والمنازعات إليها كما أن للسلطة القضائية مجالا واسعا في تغيير النصوص

---

[1] / انظر الأستاذ علي علي سليمان – ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري.

التشريعية و إكمال نقص هذه النصوص عمليا من خلال إعطاء مفاهيم قد تكون بصفة مجتمعة [1] لبعض النصوص التي تختلف حولها التفاسير .

وعلى ذلك فإن القاضي الذي يبت في الصلح بين الطرفين لن يكون موفقا ولا صائبا في عمله هذا إلا إذا أحاط بجميع ما يشابه الصلح و يقاربه، ويكون قد علم أوجه الشبه والاختلاف بين النظم والتصرفات القانونية المتقاربة .

ولنضرب لذلك مثالا : إن القاضي الذي يتناول الصلح الواقي من الإفلاس ، لا يستطيع تطبيق أحكامه تطبيقا سليما إلا بعد تمكنه ودرايته بأن للصلح الواقي من الإفلاس أحكاما خاصة به في القانون التجاري تجعله يتميز من الناحيتين الموضوعية والإجرائية عن الصلح المنصوص عليه في القانون المدني الجزائري ، فدراية القاضي وإحاطته بهذا التمييز وهذا الاختلاف تؤثر على منهجه في تطبيق الأحكام الخاصة بدل النصوص العامة ، ومن هذا المثال يظهر تأثير هذا التمييز على عمل القضاء .

2 / أثـر تمييز الصلح عن غيره على المتقاضين :

إن اختلاف الناس في درجات معرفتهم لأحكام القانون ونصوصه وأبوابه ، يثير القول بوجود أشخاص عديدين لا يعرفون حل خصوماتهم ومنازعاتهم بالطريقة السليمة ولهذا فهم يلجئون إلى التمثيل بالدفاع في غالب الأحيان .

ولكن ـوبالمنظور العملي والواقعي ـ فإن كثيرا من المتقاضين يلجئون إلى القضاء لرفع دعاوى دون أن تكون على الوجه الصحيح شكلا ومضمونا ، سيما في إبرامهم لعقود صلح مع خصومهم دون علمهم بالأحكام المتعلقة بالصلح ، وقد يحسبون أنهم أنجزوا تركا لخصومتهم او إبراءا أو غير ذلك ، وبالعكس قد نرى كثيرا منهم كذلك يؤدون اليمين الحاسمة أمام القاضي وهم يحسبون أنهم تصالحوا مع خصومهم ، وبعبارة أخرى إن تمييز الصلح عما يشابهه يفيد المتقاضين في تكييف طلباتهم ومعرفتهم لطبيعة دعاويهم وما يقومون به.

لكن مع طابع الأمية والجهل المتفشيين في محيط المتقاضين فإن من الصعب تجسيد فكرة توعية الناس والمتقاضين بمقاصد خصوماتهم والجهات المعنية بذلك ، خاصة في غياب التوجيه السليم من القاضي وكتاب الضبط ، إذ من المفروض أن يعلم القاضي المتخاصمين ـ عند عدم إدراكهم أو فهمهم ـ بطبيعة وأثر ما قام به من صلح أو إبراء أو قسمة أو غير ذلك من الأمور التي تكاد تكون منعدمة في الواقع، ومن هنا تظهر فائدة تمييز الصلح عن غيره عند المتقاضين .

---

[1] / مثل قرارات الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا التي تعتبر حجة في فهم النصوص القانونية وحل المنازعات القضائية.

المبحث الرابع

خصائص عقد الصلح

يتميز عقد الصلح بجملة من الخصائص ، وهي التي تجعله يشترك فيها مع غيره من التصرفات الأخرى ، وقد تكون مظاهر للإختلاف مع تصرفات و أنظمة متقاربة معه .

و سوف نتناول هذه الخصائص وفق سياق الدراسة المقارنة في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي سيما الجانب التشريعي وذلك في ثلاثة مطالب على النحو الآتي :

المطلب الأول : خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي .

المطلب الثاني : خصائص عقد الصلح في الفقه الوضعي .

المطلب الثالث : مقارنة بين خصائص الصلح في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي .

المــطلب الاول

خصائص عقد الصلح في الفقه الإسلامي

لـعقد الصلح في الفقه الإسلامي خصائص يتميز بــها عن غيره .

أولا : الصلح عقد من عقود المعاوضة أو التبرع

المقصود من اعتبار الصلح من عقود المعاوضة ، أن يأخذ كل من المتعاقدين المتصالحين مقابلا لما أعطاه ، و بالتالي فإنه طبقا لما يحدده الصلح فإن المتعاقدين يأخذان بدلا عن الصلح أو يخلص لأحدهما الشيء محل النزاع .

وقد يكون عقد الصلح ـ حسب الفقه الإسلامي ـ من عقود التبرع التي يكون التمليك فيها من غير مقابل ، فلا يأخذ المتبرع عوضا عما قدمه كالـهبة و الإعارة و القرض دون مقابل و إبراء الدين مما عليه تجاه الدائن لكي لا يبقى لـهذا الأخير حق في مطالبته .

وعلى ذلك فإنه يمكن أن يكون الصلح قائما على تبرع أحد المتخاصمين بهبة أو إبراء من دين ، و في هذه الحالة يعتبر من عقود التبرع .[1]

ثانـــيا : الصلح عقـد رضـائي

من المعلوم أن تقسيم العقود حسب الشكل يكون إلى رضائية و شكلية و عينية و من الثابت في الفقه الإسلامي أن عقد الصلح يعتبر من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين بالإيجاب و القبول .

ثالثـــا : الصلح عقد لازم (ملزم)

إن عقد الصلح عقد لازم[2] وقد جرى الاصطلاح عند الفقه الإسلامي أن العقد اللازم أي الملزم هو ما كان ملزما لكل المتعاقدين أي أنه ملزم بجانبين و بموجب ذلك فليس لأحد المتعاقدين فسخ العقد و إنما يجوز فسخه بالتراضي بينهما .

و أمام هذه الخاصية لعقد الصلح فإن الأستاذ سليم باز قد وضع استثناءات ثلاثة على هذه القاعدة أين يجوز لأحد المتعاقدين فسخ و إبطال العقد لوحده .[3]

1 / قد يدعي أحد على غيره مالا فيصالحه الثاني عليه ثم يظهر أن لاشيء في ذمته ، فللمصالح الحق في فسخ الصلح .

2 / إذا ضاع الشيء المحمول من الأجير المشترك فصالح صاحبه على شيء ثم وجد هذا الشيء المحمول فلصاحبه أخذه و للأجير حق إبطال الصلح .

---

1 / كل من الصلح بالمعاوضة أو بالتبرع يطلق عليه الفقهاء عقود التمليك ، و لعل هـذا هـو تبريـر ورود الـصلح ضمن العقود المتعلقة بالملكية .

2 / الفقيه عبد ا المقدسي – عمدة الفقه – مكتبة الطرفين بالطائف 1989 -ص 114 .

3 / شرح مجلة الأحكام العدلية – الأستاذ سليم باز – المجلد الثاني – طبعة بيروت 1889 ص 241 .

3 / قد يدعى أحد وجود عيب في شيء اشتراه فيصالحه البائع على مال معين ، ثم يظهر عدم وجود العيب فإن للبائع الحق في نقض الصلح و استرداد المال المؤجل .

رابعــــــا : الصلح قد يكون منجزا أو غير منجز

المقصود بالمنجز عند اصطلاح الفقهاء المسلمين : الأمر الفوري .
و يرون [1] أن عقد الصلح يكون منجزا إذا أنجز أثره في الحال ، و غير منجز إذا ظهر أثره في وقت متأخر بأن أضيف الحكم إلى زمن مستقبلي .
وقد يكون عقد الصلح معلقا إذا علق وجوده على وجود شيء آخر.
فعقد الصلح إما أن يكون منجزا أو غير منجز و يكون في هذه الحالة الأخيرة إما مضافا أو معلقا .

المـطلب الثاني

خصائص عقد الصلح في الفقه الوضعي

للـفقه الوضعي تعداد خاص يتقارب مع الفقه الإسلامي من حيث خصائص عقد الصلح سيما النصوص التشريعية و فيما يلي سنتناول هذه الخصائص مع التركيز على التشريع المدني الجزائري في أحكام عقد الصلح .

أولا : الصلح من عقود المعاوضة

يعتبر الصلح من عقود المعاوضة لأن كل متعاقد فيه يتنازل للآخر عن جزء من حقوقه التي يدعيها مقابل نزول المتعاقد الآخر عن جزء مما يدعيه كذلك ، و بعبارة أخرى أن ينال كل من المتعاقدين مصلحته أو جزءا منها بقدر ما يتنازل لخصمه عن مصالحه .
و بالرجوع إلى القواعد العامة للعقود فإن المادة 58 من القانون المدني الجزائري نصت على عقود المعاوضة على ما يلي :
" العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما "
و للأستاذ علي فيلالي رأي ـ نشاطره فيه ـ حول هذا التعريف [2] ، ذلك أن المشرع الجزائري في هذه المادة قد وقع في خلط مع العقد التبادلي الملزم لجانبين ، لأن هذه المادة تشير إلى تبادل الالتزامات بين المتعاقدين لا إلى نيل كل منهما فائدة مالية فقد يكون العقد تبادليا لكنه لا يكون بعوض. [3]

---

[3] / الإمام أبو حامد الغزالي – الوسيط – الجزء 04 – دار الإسلام القاهرة 1417 هـ – ص 78 .

1 / الأستاذ علي فيلالي– الإلتزامات – مطبعة الكاهنة 1997 - ص 51 .

[3] / كالعارية مثلا فإن المادة 538 من القانون المدني الجزائري تنص " العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعيـر ان يـسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على ان يرده بعد الاسـتعمال " فهي عقد تبادلي لكن المعير لا يقبض شيئا مقابل هذه الإعارة و إلاّ أصبح التصرف إيجارا .

ثانيـــــا : الصلح عقد رضائي

إن الصلح من العقود الرضائية التي لا يشترط فيها القانون شكلا خاصا ، بل إن العقد يعتبر قائما بمجرد تبادل إرادتين متقابلتين متطابقتين بالإيجاب و القبول .

وحول مسألة الكتابة التي تشترطها التشريعات [1] فهي للإثبات و ليس لصحة الانعقاد وهو موقف عام لدى الفقهاء ليس فيه اختلاف وهو معمول به في القانون الفرنسي . [2]

فبين توزيع العقود بحسب شكلها إلى رضائية و شكلية و عينة فإن عقد الصلح من العقود الرضائية و ليست الكتابة إلاّ للإثبات فقط .

و بالنظر إلى المشرع الجزائري في مسألة الكتابة هذه فإنه لم يخرج عن القاعدة باستثناء معين و بذلك يرجع إلى القواعد العامة في الإثبات سيما المادة 333 من القانون المدني الجزائري والتي تنص :

" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد من قيمته على 1000 دج ، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك "

و يستخلص من ذلك أن عقد الصلح وما دام من العقود الرضائية فإنه يثبت بالكتابة أو غيرها من وسائل الإثبات ، لأن المشرع الجزائري لم يأت باستثناء على هذه القاعدة في الصلح .

وسنرجع ـ بحول الله و قوته ـ إلى مسألة إثبات الصلح في منزلته من الفصل الثالث من هذا البحث .

ثالثـــا : الصلح عقد ملزم لجانبيـن

إن العقد الملزم لجانبين هو "العقد التبادلي وهو ذلك العقد الذي يرتب على عاتق المتعاقد التزامات متقابلة ومرتبطة ببعضها البعض بحيث يكون كل متعاقد ـوفي نفس الوقت - دائنا ومدينا نحو المتعاقد الآخر" . [3]

---

1 / كالتشريع المدني المصري في المادة 525 منه .

2 / كولان و كبيتان – المرجع دروس خاصة في القانون المدني - ص 883 حيث يـ ـقرران :

*“Elle n`est donc soumise a aucun forme determinee. IL est vrai que, d`apres , l` article **2044** , a lin 2 elle doit etre redigee par ecrit . Mais il n `ya l`auqu`une regle relative a la preuve et non pas l`indication d`une solanite requise a peim de nullite. D`on cette concequence que , si la redaction d`un ecrit est necessaire pour les **transaction** portant sur un interet meme inferieur a 500 francs , l`existantance de ce contrat peut etre etablie par l`aveu et le serment , voir meme pour temoins l`orsqui`il en existe un comencement de preuve pour ecrit , ou l`orsque se trouve en matiere commerciale” .*

1/ الأستاذ علي فيلالي – المرجع السابق - ص –45 .

2 /الدكتور محمد يس يحي – المرجع السابق – ص- 179.

وعلى ذلك فإن عقد الصلح من العقود الملزمة لجانبين أي التبادلية ، إذ يلتزم كل من الطرفين بالنزول عن جزء من حقوقه المدعى بها في نظير تنازل الآخر عن جزء يقابله ، و يسقط في جانب كل من الطرفين المتصالحين الإدعاء الذي نزل عنه ، ويبقى الجزء الذي لم ينزل عنه ملزما للطرف الآخر .[1]

و باعتبار عقد الصلح ملزما لجانبين فإنه يكون محلا لتطبيق كل الأحكام المتعلقة بهذا النوع من العقود كالدفع بعدم التنفيذ و الفسخ و غيرهما .

رابعــا : الصلح عقد محدد أو احتمـالي

يكون عقد الصلح محددا أو احتماليا بحسب طبيعة النزاع الذي يتصالح المتعاقدان فيه من أجله.

وبــعبارة عملية أخرى فإن العقد يكون محددا أو احتماليا بحسب تعيين أو عدم تعيين العوض الذي يناله المتعاقدان من الصلح .ولنضرب لذلك مثالا في عقد الصلح المحدد في شخصين تنازعا حول مقدار معين من المال ثم تصالحا بأن أعطى أحدهما للآخر مبلغا محددا من المال فمعرفة المتعاقدين بالصلح لمقدار العوض الذي يأخذانه يجعل من الصلح عقدا محددا .

أما إذا تنازع شريكان حول الحصص ثم تصالحا على أن يرتب أحدهما للأخر ربحا أو نسبة غير محددة من عملية تجارية فإن عدم تعيين العوض و عدم معرفة المتعاقدين بالصلح لمقدار هذا المقابل يجعل من الصلح غير محدد بل احتماليا .

و مع دقة ووضوح هذا المعيار الذي يفرق بين العقد المحدد و الاحتمالي في الصلح إلاّ أنه قد ذهب الفقهاء في فرنسا إلى القول بأن الصلح عقد احتمالي وفسروا بذلك نص المادة 2/2052 من التقنين المدني الفرنسي التي لا تجيز الطعن في الصلح بسبب الغبن أو الغلط في القانون .

ويرون أن المتعاقدين بالصلح يتنازلان عن الاحتمال أي في حقوق مشكوك في صحتها ، في حين يرى البعض أن الاستثناء الوارد في المادة 2052 المشار إليها هو نتيجة منطقية للتنازل عن حق الدعوى في عقد الصلح .[2]

ولقد انتقد الرأي القائل بأن الصلح عقد احتمالي بحجة أن الطرفين يتنازلان عن حقوق مشكوك فيها لأن عقد الصلح يحدد بشكل نهائي منذ إبرامه إلتزامات كل من الطرفين و إنه لا محل للبحث في وجود أو انعدام الحقوق المتنازع فيها ما دام الصلح يهدف إلى حسم النزاع . ومن جهة أخرى انتقد هذا الرأي لأن كثيرا من المنازعات التي يحسمها الصلح لا يوجد فيها عنصر الشك أو الاحتمال الذي يفترض أصحاب هذا الرأي تواجده في كل نزاع يحسمه الصلح .[3]

1/ أنظر يس محمد يحي – المرجع السابق – ص 181 و Boyer – رسالة في الصلح – – ص 75-76.

2/ أنظر يس محمد يحي – المرجع السابق - ص 182.

ولكن بين هذين الرأيين فإن الرأي السليم و الذي نميل إليه هو أن الصلح يكون محددا أو احتماليا وفق معيار التفرقة بينهما و أن عنصر الاحتمال و الشك ليس من الخصائص اللازمة لعقد الصلح ، أي أنه ليس من جوهر الصلح .

خامســـا: الصلح من العقود الفورية

تنقسم العقود بحسب أثرها إلى فورية وزمنية بالنظر إلى مدى اعتبار عنصر الزمن في نفاذها .

وعقد الصلح من العقود الفورية وليس زمنيا لأن عنصر الزمن ليس جوهريا مؤثرا فيه حتى بالنظر إلى بعض عقود الصلح التي يؤجل فيها تنفيذ الالتزامات المترتبة إلى وقت لاحق ، لأن العبرة ليست بالأجل المحدد بل في تمام تحديد الالتزامات الناشئة عن العقد وقت إبرامه .

ويرى الأستاذ السنهوري أن العقد الفوري له حقيقة مكانية لا زمنية ، بمعنى أم محل العقد الفوري يتحدد بغض النظر عن الزمن .[1]

و بالنظر إلى طبيعة تحديد الحقوق المتنازع عليها ثم المتصالح على بعضها و التي تكون التزامات فورية في عقد الصلح تجعل من هذا الأخير من العقود الفورية لا أثر لعنصر الزمن فيه .

المــطلب الثالث

مقارنة خصائص الصلح بين الفقهين الإسلامي والوضعي

1/ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء 01 – ص 165 .

بعد التعرض إلى خصائص الصلح في الفقهين الإسلامي و الوضعي فإنه ولطبيعة المنهجية المتبعة في هذا البحث، وجب إجراء مقارنة بين هذين الفقهين من ناحية خصائص عقد الصلح لتبيان أوجه الاختلاف والشبه وذلك باستنتاج الملاحظات الآتية :

أولا : الصلح بين عقد معاوضة أو تبرع

حسب ما سبق فإن الصلح في الفقه الإسلامي قد يكون من عقود المعاوضة إذا نال كل متعاقد عوضا عما تنازل عنه ، وقد يكون تبرعا إذا لم يأخذ المتعاقد مقابلا لما أعطاه بموجب الصلح .

بينما في الفقه الوضعي فإن الصلح يكون دائما من عقود المعاوضة باعتبار العنصر الجوهري المتمثل في التنازل المتبادل بين طرفي العقد.

ولعل وجه الاختلاف بين الفقهين حول هذه المسألة هو اتساع مفهوم الصلح في الفقه الإسلامي وقد سبق و أن رأينا [1] أن الصلح يعرف بأنه " عقد وضع لرفع المنازعة " و عليه فإن الصلح قد يكون من عقود المعاوضة أو التبرع . بينما في الفقه الوضعي فإنه يعرف بالتنازل المتبادل عن الادعاءات و الحقوق ومن ثم وجب صرف النظر إلى اعتبار الصلح من عقود المعاوضة فقط .فهذا الوجه يمثل اختلافا بين الفقهين .

ثـــانيا : الصلح عــقد رضائي

بالنظر إلى خصائص الصلح في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي فإن كلا منهما يرى أن الصلح يعتبر من العقود الرضائية يكفي في انعقاده تبادل إرادتين متطابقتين للإيجاب و القبول دون اشتراط شكل معين ، وقد سبقت الإشارة إلى أن بعض التشريعات الوضعية - غير التشريع المدني الجزائري- تذكر الكتابة لكنها كشرط للإثبات لا للانعقاد فهذه الخاصية تمثل وجه تقارب و تماثل بين الفقهين .

ثـالثا : الصلح عقد ملزم لجانبين

يعتبر الصلح - كما سبق - عقد لازما في الفقه الإسلامي بحيث لا يجوز فسخه إلاّ باتفاق الطرفين ، و في مقابل ذلك فإن الفقه الوضعي يرى كذلك أن الصلح ملزم لجــانبين .

ويشتركان بذلك في اعتبار عقد الصلح محلا لكل الأحكام المتعلقة بالعقد التبادلي الملزم لجانبين كالدفع بعدم التنفيذ و تحمل التبعة ونظرية السبب التقليدية .

وما تجدر الإشارة إليه أنه سبق الحديث عن استعمال الفقه الإسلامي لمصطلح اللزوم بدل الملزم ، وهو اختلاف لغوي في صياغة الألفاظ عن الفقه الوضعي ، ومرجع ذلك إلى الاختلاف المنهجي في تقسيم العقود إلى الملزم لجانب واحد و الملزم لجانبين الذي وهو التقسيم الذي لا يعرف في الفقه الإسلامي .

رابعا : الصلح بين محــدد واحتمالي

سبق الحديث عن اعتبار الفقه الوضعي لعقد الصلح أنه قد يكون محددا وقد يكون احتماليا في بعض الصور بحسب تحديد قيمة العوض من الصلح ، بينما يرى الفقه الإسلامي أن عقد الصلح لا يمكن أن يكون إلاّ عقدا محددا ، ولا يعترف بصلح احتمالي لأن يكون قائما على الضرر وهو الأمر الذي لا وجود للاعتراف به في الفقه الإسلامي على وجه العموم ، لأنه يشترط وجود محل العقد وقت إبرامه وعدم وجوده وقته يعرضه للبطلان ، حتى ولو كان

---

1 / راجع الصفحة 20.من هذا البحث .

محتمل الوجود في المستقبل ، بل حتى ولو كان محقق الوجود في المستقبل . [1] على خلاف ما ذهب إليه التشريع المدني الجزائري في المادة 1/92 : " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا " .
و من هذا وإلى غيره من التبريـرات فإن الفقهين متباينين في هذه المسألة كما هو ظاهر .

خـامسا : الصلح بين فـوري وزمـني

مثلما سبق الحديث عنه فإن الفقه الإسلامي يرى أن الصلح قد يكون منجزا أو غير منجز بأن يكون معلقا أو مضافا . [2]

ويرى الفقه الوضعي أن للالتزام أوصافا تعاقدية خاصة كالأجل و الشرط ، و فحواها أن الالتزام يكون لأجل إذا كان نفاذه أو انقضاؤه مرتبا على أمر مستقبلي محقق الوقوع متى كان وقوعه حتميا ولو لم يعرف الوقت الذي يقع فيه بحسب ما أشارت إليه المادة 209 من القانون المدني الجزائري .
و يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو زواله مرتبا على أمر مستقبلي و ممكن وقوعه كما نصت عليه المادة 203 من القانون المدني الجزائري . [3]
ومن هنا يظهر توافق الفقهين في مسألة تعليق الالتزامات الناشئة عن عقد الصلح على شرط معين أو إضافتها إلى أجل لا حق . [4]
وعلى ذلك فإن الثابت و المحقق في الفقه الوضعي أن الصلح لا يكون إلاّ فوريا بينما هذا الاعتبار هو غير مطلق في الفقه الإسلامي فقد يكون فوريا إذا لم يكن الزمن عنصرا جوهريا فيه كما في حالة الصلح بإبراء من الدين وقد لا يكون فوريا كما في الصلح بالإيجار إذ أن الإيجار لا يترتب إلاّ بعنصر الزمن فلا يكون الصلح فوريا .
وهذا هو مبعث الاختلاف بين الفقـهين .

---

1 / مصادر الحق في الفقه الإسلامي – عبد الرزاق السنهوري – الجزء الثاني –دار المعارف الطبعة الثالثة 1967 - ص 13، 14 .

2/ راجع الصفحة 61 من هذا البحث .

1 / بالرجوع للمادة 265 من القانون المدني المصري فإنها ترى الالتزام المعلق على شرط حتى على أمر غير محقق الوقوع .

2/ لعل هذا المظهر هو الذي أثار الجدل حول اعتبار الصلح عقدا زمنيا لا من العقود الفورية لأن الأجل يعتبر عنصرا زمنيا في هذه الحالة ، لكن العبرة ليس بتحقق لالتزام من حيث زمنه ، وإنما العبرة في اعتبار عقد الصلح فوريا في وقت نشوئه الذي يكون وقت إبرام العقد ، و على ذلك جزم القول باعتبار الصلح من العقود الفورية.

الفصل الثانــي

أركـــــــان عقد الـــــصلح

إن الصلح يعتبر ـ كما سبق ذكره ـ في تصنيف التصرفات القانونية ضمن زمرة العقود المسماة و المختصة بالتنظيم من طرف التشريعات الحديثة سيما التشريع الجزائري ، و على ذلك فإن دراسة العقد المسمّى تستوجب بعد معرفة مفهومه و قبل الحديث عن أحكامه التطرق إلى أركانه الثلاثة الأساسية المتمثلة في التراضي و المحل و السبب .

كما سيكون الحديث عن أركان الصلح وفق منهج الدراسة في الفقهيين الإسلامي و الوضعي ، ثم استخلاص الملاحظات التي تفرزها المقارنة بين الوجهــين ، و عليه :

المطلب الاول : التراضي في عقد الصلح
المطلب الثاني : المحل في عقد الصلح
المطلب الثالث : السبب في عقد الصلح

المبحث الأول

الـــتراضــي في عقد الصلـــح

من المعلوم أنه لا قيام للعقد بدون الإيجاب والقبول ، أي لا وجود للعقد إذا لم يتم التراضي بين طرفيه ، وعلى ذلك فان أول الأركان التي تدعو إلى الحديث عنها مسألة رضا المتعاقدين ، أي البحث عن إرادتي المتصالحين من حيث وجود الإرادة وصحتها وسلامتها من العيوب .

ومنه سيكون تفصيل هذا الـجانب حسب طريقة البحث بالتعيــين الآتي :

المطلب الأول : التراضي في عقد الصلح في الفقه الإسلامي
المطلب الثاني : التراضي في عقد الصلح في الفقه الوضعي
المطلـب الثالـث : مقارنــة التراضــي بــين الفقهيــين الإســلامي والوضعي .

المطلب الأول

التراضي في عقد الصلح في الفقه الإسلامي

كسائر العقود فإن للتراضي شروط انعقاد تقييم وجوده ، و شروط صحة ، يكون الحديث عنها على النحو الآتـــــي :

الفرع الأول
وجود التراضي في عقد الصلح

إن معنى التراضي هو التقاء الرضا بين طرفين هما المتعاقدين ، و على ذلك فإن التراضي يدل على وجود إرادتين متطابقتين ، و تظهر هاتين الإرادتين حين التعبير عنها وهو ما يعرف بالإيجاب من أحد المتعاقدين و القبول من المتعاقد الآخر ، ومنه إن ركن التراضي هو ركن تطابق الإيجاب و القبول .

فالفقه الإسلامي لا يعتبر الصلح قائما بدون التراضي الذي يكون بالتقاء ارادتين متصالحتين متطابقتين .

ويكون الإيجاب و القبول بكل لفظ ينبئ عن المصالحة كأن يقول المدعى عليه " صالحتك على المائة التي لك عندي على خمسين " .[1]

غير أن المسألة الواردة في الفقه الإسلامي من جانب وجود التراضي هي في اختلاف الفقهاء المسلمين إلى رأيين :

الرأي الأول :يرى أن التراضي يقوم بوجود إيجاب و قبول من المتعاقدين وهو أمر عام لا يحتاج لديهم إلى تفصيل .

الرأي الثاني : يرى أصحابه من المذهب الحنفي خصوصا [2] ، أن التراضي يكون بوجود إيجاب دون اشتراط قبول ، و لا يكون هناك قبول إلاّ فيما يتعين بالتعيين .أي إذا كان ما يعرضه الموجب من الأشياء المعينة أو القابلة للتعيين .[3]

إن هذا الرأي الثاني أثار جدالا كبيرا في الفقه الإسلامي ، حين ذهب أصحابه - رحمهم الله وهم من المذهب الحنفي خصوصا كما سبق ذكره - إلى تفصيل مسألة القبول في عقد الصلح ، و لعلّ ما دفعهم إلى هذا التصور هو أن غالبية ما يظهر عليه بدل الصلح هو المبالغ المالية أو الأشياء التي تكون محلاً معيّنا أو قابلا للتعيين .

و لكنني أفضل عدم الخوض في هذا المسألة و أرجئ الأمر إلى الكتب الفقهية لكفايتها و درايتها بالأمر ، ولأن ركن الإيجاب و القبول ركن لا اختلاف في وجوده ، فالقبول ثابت سواء أكان مطلقا أو فيما يتعين بالتعيين .

بل إن الأمر ثابت و محقق بأبعد من هاتين الصورتين و ذلك في إمكانية استخلاص التعبير عن اإرادة بالقبول حتى من السكوت الملابس .[4]

و عليه فإنني لا أشاطر الفقهاء الذين صرحوا بوجود التراضي بالاكتفاء بالإيجاب فقط في بعض الصور، لأنه لا عبرة بل لا معنى لوجود الإيجاب لوحده دون قبول ، فهم خلطوا بين وجود القبول و ظهور التعبير عنه ، فحسبوا عدم الظهور بالتعبير

---

[1]/ سيد سابق – فقه السنة – الجزء **03** – دار الكتاب العربي بيروت الطبعة الخامسة **1983** - ص **305** .

[2] / حاشية من كتاب الصلح من الهداية – احمد بن الحسين – المطبعة الأزهرية **1324** هـ - ص**36** ، **37** .

[3] / الدكتور فوزي احمد سرور – الإجراءات الشرعية – مطبعة المنار بالإسكندرية - ص **438** .

[4]/ وهو ما نصت عليه المادة **68** من القانون المدني الجزائري .

عن القبول أو غيره في بعض الصور ، انعداما للقبول و صرحوا بوجود عقد قائم بإيجاب دون قبول .

فعقد الصلح بعد كل هذا الجدال شأنه شأن كل العقود ينعقد بالإيجاب و القبول وتطابقهما ، يؤيد هذا أن الصلح من العقود الرضائية .[1]

و لا بأس أن أنقل هنا ما ذكره الإمام الكاساني في هذه النتيجة :

" إن ركن الصلح هو الإيجاب و القبول بأن يقول المدعى عليه صالحتك من دعواك كذا على كذا و يقول المدعي قبلت أو رضيت ، أو ما يدل على قبوله و رضاه ، فإذا وجد الإيجاب و القبول فقد تم عقد الصلح بشرط توافر الشروط الأخرى المتعلقة بصيغة العقد و تطابق الإرادتين في مجلس العقد و غيرهما من الشروط اللازمة الخاصة بأهلية المتعاقدين و المصالح عنه و المصالح عليه " .[2]

الفرع الثـاني
صحـــة التـــــراضي

إن من الثابت في الفقه الإسلامي أن التراضي لايعد قائما بمجرد وجوده ، بل إن الأمر يقتضي صحته كذلك ، وصحة التراضي كما هو معلوم تظهر في صدور التعبير عن الإرادة من المتصالح وهو متمتع بأهلية التعاقد، بالإضافة الى سلامة هذه الإرادة من العيوب التي قد تشوبها .

أولا: أهليــة المتصــالح

يمكن توزيع البحث عن أهلية المتصالح إلى نوعين ، من حيث الأهلية التي تخص ذات المتعاقد والأهلية التي تخص صفته .

1/ أهلية إبرام الصلح من حيث ذات المتصالح :

يقصد بهذا النوع ما تعلق بذات المتعاقد بالصلح من حيث سنه وعوارض وموانع أهليته ، ونكتفي ببحث ثلاثة مظاهر لذلك :

أ / صلح المجنون والصبي غير المميز :

إن ارتباط العبادات بالمعاملات في الفقه الإسلامي يعكس اشتراط العقل في التصرفات ، مثلما هي الحال بالنسبة لعقد الصلح ، فلا صحة لصلح أبرمه مجنون وصبي غير مميز فكل من لم يبلغ سن السابعة فهو غير مميز ولا يصح الصلح الذي أبرمه ويكون في هذا الحكم كل من يلحق بالمجنون كالسفيه والمعتوه وذلك لغياب القصد الشرعي لديهم ، وهؤلاء وغيرهم ملحقون بغير المميز والمجنون بالقياس والاشتراك في دلالة حكم التمييز .

---

[1]/ راجع الصفحة **60** من هذا البحث.

[2]/ الإمام الكاساني – بدائع الصنائع – الجزء **06** – دار الكتاب العربي بيروت **1982** -ص **42** .

وألاحظ هنا أنه يستثني السكران ، فهو مع ذهاب عقله إلا أن صلحه يصح وذلك تأديبا له وتشييدا عليه لزوال محرم .[1]

ب/ صلح الصبي المميز :

يجوز للصبي المميز المأذون له أن يبرم صلحا إذا كان نافعا نفعا محضا له أو كان لا نفع فيه ولا ضرر ، وإذا كان مأذونا للصبي المميز بالتجارة نفذ العقد في حقه ، ويتوقف العقد على الإجازة إذا كان محجورا عليه .

ج/ صلح العبد المأذون له :

بالنسبة للعبد المأذون له فإن الصلح إذا كان عائدا عليه بالمنفعة فإنه يكون صحيحا، إلا أنه لا يجوز له سوى التأجيل وإسقاط بعض الحق للعيب بدل حط بعض الثمن إذا كان له بينة على الإدعاء .[2]

2 / أهلية إبرام الصلح من حيث صفة المتصالح :

يقصد بهذا النوع ما تعلق بصفة المتعاقد بالصلح من حيث المركز القانوني الذي يتعامل به أي من حيث طبيعة الصورة التي يأخذها المتعاقد ، ونكتفي ببحث ثلاثة مظاهر لذلك :

أ / صلح الولي والوصي عن الصغير :

يقصد بالصغير في الفقه الإسلامي من كان مميزا أو غير مميز ، فيمكن لوليه أو الوصي عنه أن يبرم صلحا يكون نائبا فيه عن هذا الصغير ، على أنه لا يمكن أن يكون هذا الصلح ذا ضرر بين بالصغير بل يكون فيه مصلحة نافعة له .

ب/ صلح الوكيل :

إن من الشائع عمليا والمعتمد لدى الفقه الإسلامي أن يتولى إبرام الصلح شخص عن المعني بالأمر يعرف بالوكيل إذا كان مأذونا له بذلك ، وقد يكون هذا التوكيل في صلح عن إقرار أو إنكار أو سكوت .

غير أن أحكام الوكالة في الصلح لدى الفقه الإسلامي تعرف عناية بذلك لدى المذاهب الفقهية ، وعليه فإن الحديث هنا سيكون عن المذهب المالكي والاقتصار على ذلك لعمومه على ما يمتد إليه نطاق المعاملات في الجزائر.

وجملة القول في الوكيل عن الصلح أنه يتمتع بكل ما يجب أن يتمتع به الموكل بالسن أو العقل وكل ما تعلق بذاته ، وانعكاس شروط أهلية الموكل على أهلية الوكيل أمر

---

[1] / الإمام الكاساني – بدائع الصنائع – الرجع السابق - ص 40 .

[2] / الكاساني – المرجع السابق - ص 41 .

منطقي ولازم لتلازم حدود الوكالة وموضوعها وآثـارها والمسؤولية فيها مع صفة الوكيل .[1]

ج/ صلـح الفضـولي :

قد يقع في مجال المعاملات المالية أن يتعاقد شخص مع آخر بعقد صلح مكان المعني بـالأمر دون أن يكـون مأذونـا لـه ، بالـصورة التـي يـصالح فيهـا الأجنبـي المـدعي فـي دعواه بغير إذن المدعى عليه وهو ما يعرف بالفضولي ، ويمكـن أن تقـع هذه الفضالة فـي إبرام الصلح بأنواعه عن إقرار أو إنكار أو سكوت .[2]

وجملة القول في الفقه الإسلامي – مع الاقتصار على المذهب المالكي بالتعليل السابق - حـول صـلح الفـضولي أنـه يرجـع فيـه لأحكـام الفـضالة فيهـا ، لأن مـا تقـوم عليـه الـشريعة الإسلامية من مبادئ التواصل والتعاون والحماية بظهر الغيب ينعكس على المعاملات كذلك ، فقيام المرء بصلح يراه مناسبا غير ضار لـمن صالح من أجلـه ، يجد تبريرا واسعا في الشرع من أجل صحة هذا الصلح مع مراعاة النفع وعدم الضرر .

ثانيا : سلامة إرادة المصالح من العيوب

مـن الثابـت فـي الفقـه الإسـلامي – بـصفته قائمـاعلى أحـرص الـشرائع وأشـملها – أن يكـون المـصالح بالإضـافة إلـى صـحة أهليتـه ، ذا إرادة سـليمة وخاليـة مـن العيـوب وذلـك لإنتاج أثر الصلح . وعيوب الرضا في الفقه الإسلامي كما هي معروفـة فـي القواعد العامـة للعقود : الغلط والتدليس والإكراه والغبن .

غير أن ما يجب تبيانه بصدد إحالة مسألة سلامة رضـا المـصالح إلـى القواعد العامـة ، هو أن الفقه الإسلامي يعرف تمييزا دقيقا بين الإرادة المعيبة والإرادة غير الموجودة .

فهذه الأخيـرة هـي التـي لاوجـود لـها كالـصادرة عن سـكران أو مجنـون أو غيـر مميز والعقد الذي يبرمه هؤلاء يعتبر باطلا ، بينما الإرادة المعيبة هي الإرادة القائمـة والموجـودة لكنها معيبة بعيوب الرضا السابق ذكرها.

ومـا يمكـن التأكيـد عليـه فـي هذا الـصدد هـو أنـه لا وجـود فـي الفقـه الإسـلامي لقواعد خاصـة بـسلامة الرضـا من العيـوب فـي عقد الـصلح ، فـالأمر يعـود إلـى مراجعـة القواعد العامة للعقود .

---

[1] / أحمد العدوي – الشرح الكبير على مختصر خليل – دار الفكر بيروت 1970 -ص 357 .

[2] / أحمد العدوي – المرجع السابق – ص 359 . غير أنني مجتهدا في هذه المسألة لا أرى مـن النـاحيتين العمليـة والعقلية صورة للفضالة في الصلح عن السكوت ، فإنه وان ظهر فيه الصلح فانه لا تظهر فيه الفضالة لعدم وجود عمل لصالح رب العمل من الفضولي ...!!

المطلب الثاني

التراضي في عقد الصلح في الفقه الوضعي

بنفس التوزيع في الفقه الإسلامي فإن الحديث عن التراضي في الفقه الوضعي يكون بالتطرق إلى وجوده ثم إلى صحتـه .

الفرع الاول

وجـــود التـــراضي

سبق الحديث [1] في خصائص عقد الصلح أنه من العقود الرضائية القائمة بتبادل الإيجاب والقبول ، وأنه لا يتطلب شكلا معينا ، فهو قائم ومنعقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول من المتصالحين وتطابقهما ، وتطبق على ذلك أحكام الإيجاب والقبول والتعبير عن الإرادة . [2]

ويقصد بتطابق الإيجاب والقبول توافق الإرادتين حول ماهية ونوع النزاع وتعيين الحقوق محل التنازل المتبادل من المتصالحين وكافة بنود وحدود عقد الصلح ، والحديث عن تطابق إرادتين لانعقاد الصلح يفيد بالضرورة عدم قيام الصلح بإرادة منفردة لعدم كفايــة ذلك .

كما أن تطابق الإيجاب والقبول يفيد عدم قيام الصلح على بعض المسائل المعروضة من الموجب دون غيرها ، أي لا يمكن تجزئة الإيجاب الذي يعرض الصلح .

الفرع الثاني
صحـــة التـــراضي

ثابت أن قيام عقد الصلح - كباقي العقود - غير كاف دون صحته من حيث إرادة المتعاقدين ، ويقصد بالصحة صدور الإرادة من شخص آهل لذلك ، وبشرط سلامة هذه الإرادة من عيوب الرضاء ، فيقتضي الأمر الحديث عن أهلية المصالح وعيوب إرادته .

أولا : الأهلية في عقد الصلح

تنص المادة **460** من القانون المدني الجزائري على مايلي : [3]

" يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشملها عقد الصلح "

يظهر من نص هذه المادة أن الأهلية التي يشترطها القانون في المتعاقدين بالصلح هي أهلية التصرف بعوض في الحقوق التي تم حولها التصالح ، وهذه الأهلية المشترطة تجد تبريرها في النزول المتبادل بين المتصالحين عن جزء من الحقوق والادعاءات ، وهذا النزول هو تصرف بعوض .

ويمكن إجمال مسائل أهلية المتصالحين في النـــقاط الآتيــة :

1 / أهلية إبرام عقد الصلح من حيث ذات المتعاقـد :

---

[1] / انظر الصفحة **63** من هذا البحث .

[2] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **05** – المرجع السابق - ص **523** .

[3] / لها ما يقابلها في التشريعات الحديثة كالمادة **550** من القانون المدني المصري .

أ / صلح البالـغ الرشـيد :

إذا بلغ المتصالح سن الرشد ولم يكن محجورا عليه ، فإنه يكون متمتعا بالأهلية الكاملة لإبرام عقد الصلح على كافة الحقـــوق .

ب/ صلح الصبي غيـر الممـيز :

إن سن التمييز في التشريع الجزائري هو **16** سنة حسب المادة **42** من القانون المدني الجزائري .

والصبي غير المميز – حسب نفس المادة – لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية فليس له حق التصرف في ماله وتكون كل تصرفاته باطلة لانعدام إرادته ، وعليه لا يمكن للصبي غير المميز أن يبرم عقد الصلح بصفة أصلية أو نيابة عن غيره وإلا كان العقد باطلا .

ويعد في حكم الصبي غير المميز – حسب نفس المادة **42** والقواعد العامة للأهلية – كل من المجنون والمعتوه لفقد إرادتيهما ، فعقود الصلح التي يبرمانها باطلة بطلانا مطلقا لأنهما فاقدا التمييز .

ج / صلح الصبي المـميز :

بحسب المادة **43** من القانون المدني الجزائري فإن الصبي يعد مميزا بعد تجاوزه سن **16** سنة ودون **19** سنة وهي سن الرشد وهو ما يعرف بناقص الأهلية .

والصبي المميز ليست له في الأصل أهلية التصرف في أمواله ، فلا يملك الصلح على الحقوق . غير أن له أن يباشر التصرفات النافعة له نفعا محضا كأن يقبل هدية وهذا ما يعبر عنه بالاغتناء .[1] ولا يستطيع أن يباشر التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر بنفسه وإنما يباشرها نيابة عنه الولي أو الوصي بحسب المواد **81** ، **87** ، **92** من قانون الأسرة الجزائري أما التصرفات الضارة له ضررا محضا كالتبرع فلا يستطيع أن يقوم بها وهي باطلة بطلانا مطلقا .

وبالنسبة للمحجور عليه فإنه يعتبر كالصبي المميز ، وولاية القيم في الصلح على ماله كولاية الوصي في الصلح على مال القاصر .[2]

2 / أهلية إبرام الصلح من حيث صفة المتعاقـد :

أ / صلح الولي والوصي عن الصغير:

للأب ولاية الصلح على حقوق ولده مادام له أن يتصرف فيها ويتعين عليه الحصول على إذن من المحكمة في بعض المسائل الخاصة [3] ، كما في حالة التصالح على المال

---

[1] / يس محمد يحيى - المرجع السابق - ص **231** .

[2] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط - الجزء **50** – المرجع السابق - ص **534** ، **535** .

[3]/ يس محمد يحيى – المرجع السابق - ص **239** .

بأن لا يتصرف وليه في المال الموروث اذا كان مورث القاصر قد أوصى الموروث .

ويرجع في أحكام الوصي والولي إلى القواعد العامة المبينة في قانون الأسرة الجزائري في المواد **87** الى **98** منه ، وذلك لأن تصرفات الولي أو الوصي التي تكون موضوعا لعقد الصلح توافق الأحكام العامة بهذا الصدد .

وما تجدر الإشارة إليه أن إبرام الولي أو الوصي لعقود الصلح عمن ينوب عنه نيابة شرعية بمثل ماتقدم يعرف تطبيقا واسعا في مجال قضاء التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث المرور ، وذلك بتصالح المدعي الولي أو الوصي عن المضرور مع شركات التأمين أو المتسبب في الضرر على بدل الصلح الذي يراه مناسبا لجبر الضرر. فيكتفي القاصر لاجازة ما اتفق علية المتصالحان بالتأكد من صحة هذه النيابة الشرعية دون مراقبة للولي أو الوصي من حيث موضوع الصلح .

ب / صلح القيم على المحجور عليه :

تنص المادة **101** من قانون الأسرة الجزائري على مايلي : " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه "
.

سبق الحديث عن إلحاق المحجور عليه بالصبي المميز ، لكن يمكن أن يبرم القيم على المحجور عليه صلحا ، فتكون سلطة القيم في الصلح كسلطة الوصي .[1]

فللقيم أن يبرم عقد صلح بالنيابة عن المحجور عليه و ذلك في الحدود التي سبق إجمالها و ذكرها بشأن صلح الوصي عن الصغير و الولي . و من الصور العملية الشائعة في إبرام القيم لعقد الصلح نيابة عن المحجور عليه ما تبرمه الزوجة التي تعينها المحكمة قيمة على زوجها المجنون و المحجور عليه من عقود صلح لإنهاء النزاعات المالية التي قد يكون الزوج مدعى عليه فيها .

ج/ صـلح الوكيـل :

تنص المادة **574** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و توجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء .

الوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصحّ ولو لم يعين محل لهذا العمل على وجه التخصيص إلا إذا كان العمل من التبرعات .

الوكالة الخاصة لا تخول للوكيل إلا القدرة على مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقا لطبيعة كل أمر و للعرف الجاري ".

ظاهر من نص هذه المادة أمران : أن الصلح من أعمال التصرف ، و أن التصرف لا تكفي فيه الوكالة العامة ، إذن لابد من وكالة خاصة لإبرام عقد الصلح نيابة عن الموكّل بصفة عامة إلا ما استثني بنص صريح .

---

[1] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص **243** .

وعليه فإن العقد الذي يبرمه الوكيل لا يكون صحيحا إلا إذا كان بناء على إذن خاص ووكالة خاصة من الموكل ما دام الصلح تصرفا ماليـا.

ثانيا : عيوب الإرادة في الصلح

إن من دواعي بطلان عقد الصلح عدم سلامة رضا المتعاقد ، فوجود عيب من عيوب الإرادة يجعل لصاحبه الحق في طلب إبطال عقد الصلح وفق القواعد العامة التي سيأتي بيانها بحسب عيوب الرضا وهي الغلط و التدليس والإكراه والاستغلال .

لكن ما يستوجب الوقوف عنده بحثا ومنهجا هو أن لعيب الغلط أحكاما خاصة به في عقد الصلح ليست في باقي العيوب ، وعليه سيكون دراسة عيوب الرضا على النحو الآتي :

الغلط في عقد الصلح ، العيوب الأخرى في عقد الصلح .

1 / الغـلط في عقد الصلح :

الغلط وهم يقع في ذهن المتعاقد فيريه الأشياء على غير حقيقتها ، وهذا المدلول يمكن أن يوصف به كل أنواع الغلط ، غير أن مسألة الغلط في الإرادة في عقد الصلح تدعو إلى الحديث عن جملة من الأمور القانونية .

أ / الغـلط في الواقـع :

تنص المادة **82** من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية ، أو يجب إعتبارها كذلك نظـرا لشروط العقد ولحسن النية .إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ".

إن غياب النص الخاص يقود إلى الرجوع للنصوص العامة ، وعليه فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات [1] ما دام لم يأت بنص استثنائي للغلط في الواقع بعقد الصلح فإن الأمر يدعو إلى تطبيق القواعد العامة الواردة في المادتين **81** ، **82** من القانون المدني الجزائري .

وعليه إذا وقع المتصالح في غلط جوهري في الوقائع فيجوز له طلب إبطال الصلح مهما تنوع هذا الغلط الـجوهري .

فإذا تسبب شخص في إصابة شخص آخر ثم تصالح المضرور مع شركة التأمين المؤمنة للإصابة على مبلغ قليل من المال معتقدا أن الإصابة يسيرة ،ثم أكتشف أن الإصابة بليغة بحيث تركت له عاهة مستديمة فهنا يكون المضرور بصدد غلط جوهري في الواقع حول جسامة الإصابة وقت الصلح ، فيجوز له طلب إبطال عقد الصلح لوجود هذا الغلط .

ب/ الغـلط في الحسـاب :

جاء في المادة **84** من القانون المدني الجزائري :

---

[1] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **05** – المرجع السابق - ص **543** .

" لا يـؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصحيح الغلط ".

يوصف هذا الغلط بالغلط المادي لأنه لا يؤثر على صحة العقد ، فلا يعتد به القانون لأنـه ليس ناتجا عن وهم انصرفت إليه إرادة المتعاقد وقت إبرام العقد[1] ، ولكن يجب تصحيح هدا الغلط .

فإذا وقع غلط في الحساب فكان هذا الغلط مشتركا بين المتصالحين فلا يبطل الصلح لـهذا الغلط ، ولكن يجب تصحيحه . أما إذا انفرد الغلط أحدهما وبني الصلح لديه على هذا الغلط ، فإن هذا الغلط يعتبر من الواقع إذا أثبته من يدعيه فيمكن هنا إبطـال الصلح .

ج / الغـلط في القانـون :

تنص المادة **465** من القانون المدني الجزائري على مايلي :

" لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون "

إذا كان المشرع الجزائري لـم يستثن قواعد خاصة بالغلط في الواقع و الغلط في الحساب و أرجأ الأمر الى القواعد العامة ، فانه أفرد ـ كباقي التشريعات – إستثناء لطلب إبطال الصلح إذا تعلق الأمر بغلط في القانون ، فالأصل في الغلط في القانون أنه يجوز إبطال العقد من أجله فقد نصت المادة **83** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :" يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون اذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين **81** ، **82** ما لـم يقض القانون بغير ذلك "

فهذا الاستثناء الوارد في هذه المادة يجد صداه في نص المادة **465** من القانون المدني الجزائري .

و الغلط في القانون هو ماكان في القواعد القانونية التي ليست محلا للخلاف ، أما الغلط في المسائل المختلف حولـها اختلافا بين المحاكم فلا يعتبر هذا غلطا في القانون .

و على ذلك وجب تمييز الغلط في القانون عن المبدأ العام " لا يعذر المرء يجهل الـقانون "

فهذه القاعدة تخص القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام و الآداب ، بينما يمكن التمسك لإبطال الصلح بغلط واقع في مسألة قانونية ليست من النظام العام .

لكن ما يجب الوقوف عنده بصدد الغلط في القانون بشأن عقد الصلح ، هو البحث عن الأساس أو التعليل الذي دعا إلى ورود الاستثناء الموجود بالمادة 465 من القانون المدني الجزائري .

و إزاء ذلك اختلفت التفاسير و الآراء لإيجاد التبرير المناسب لذلك .[1]

---

[1] / الأستاذ علي فيلالي –المرجع السابق – ص **120** .

فيرى الفقهاء الفرنسيون أن نص المادة **2052** من القانون المدني الفرنسي : " الصلح بين الأطراف يكون حائزا لقوة الشيء المقضي فيه " أي تشبيه الصلح بالحكم النهائي ، يعتبر سببا في هذا الاستثناء .

ذلك أنه إذا وقع غلط في القانون في حكم نهائي فإن هذا الأخير لا يقبل الطعن فيه باستثناء طرق الطعن غير العادية ، فوجود هذا التماثل بين الصلح و الحكم النهائي يعتبره البعض تعليلا و تأسيسا لعدم جواز إبطال الصلح لغلط في القانون .

ويرى البعض الآخر أن هذا الاستثناء يجد أساسه في أن الغلط نادر الوقوع و قليل الحصول بالنظر إلى إجراءات الصلح و إبرامه بالاشتراك مع رجال القانون كالقضاة .

بينما يرى الفقيه فرويمسكو " **Froimesco** "[2] في بحثه عن تبرير لوجود هذا الاستثناء أن أولوية الهدف من الصلح بإنهاء النزاعات و رفع الخصومات و إيجاد الاستقرار الاجتماعي و الثبات بين المتعاملين ، هذه الأولوية تدعو إلى عدم الالتفات للغلط في القانون وعدم اعتماده في الصلح زيادة على صعوبة إثبات هذا النوع من الغلط في عقود الصلح .

وفي سياق آخر يرى الفقيه ترولونج: " **Troplong** "[3] أن للصلح سببا عادلا وهو قطع و إنهاء الخلاف بين المتخاصمين وعليه فلا يعتد بالغلط في القانون خاصة انه لا يفترض ولا يثبت حتى بسهولة .

ومما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي لتفسير وتأسيس هذا الاستثناء ، أن الغلط في القانون غلط لا يغتفر .

وعلى اتجاه آخر ذهب الفقيه لوران " **Laurent** " إلى أن القانون المدني الفرنسي الجديد سار على القانون القديم ، و هذا الأخير كان يميز بين الغلط في الواقع و الغلط في القانون ، لأنه لم يعرف كعيب في الإرادة إلا الغلط في الوقائع بينما كان يعتبر الغلط في القانون قاعدة و مبدءا عاما كما سبق الحديث عنه .

و في نقده لتبريرات الأعمال التحضيرية للقانون المدني الفرنسي لقاعدة عدم الطعن في الصلح لغلط في القانون ، يرى الفقيه بواييه " **Boyer** "[4] بعد استعراضه و نقده لجملة من الآراء و المواقف الفقهية أن أساس هذا الاستثناء يكون بناء على تحليل إرادة الطرفين ، فعقد الصلح يقوم على وجود نزاع بين الطرفين اذا حسمه حكم القاضي لأحدهما فإن هذا الموقف القضائي يفيد أن الآخر أي من خسر الدعوى قد أقام خصومة على غلط في القانون ، أما إذا حسمه الصلح المبرم بين الطرفين بالتنازل المتبادل ، فانه من غير المعقول أن يسمح لهما أن يطعنا في الصلح لغلط في القانون لأنهما قد تنازلا بواسطة الصلح عن معرفة الأحكام و القواعد القانونية ، و لعدم مخالفة المقصود من الصلح ولإرادتيهما المتصالحتين .

ويرى الفقيه **Boyer** "بواييه" كنتيجة لهذا التحليل أن هذا الاستثناء بعدم جواز الطعن لغلط في القانون يجد حدوده في التنازل المتبادل من الطرفين ، هذا التنازل

---

[1] / نفضل إيراد بعض الآراء دون التعرض لتقييمها و نقدها .

[2] / فرويمسكو – رسالة عن الغلط في الصلح – رسالة دكتوراه بجامعة باريس **1923** -ص **21** .

[3] / يس محمد يحيى – المرجع السابق - ص **255** .

[4] / بواييه **Boyer** – المرجع السابق – ص **68** ، **74** .

يتضمن تخلي كلاهما عن التمسك بالغلط في القانون المتعلق بموضوع النزاع ، وعليه فإن الغلط في القانون الذي يجوز إبطال الصلح بسببه هو ذلك المتعلق بموضوع النزاع كما تصوره الطرفان دون غيره .[1]

يبقى الآن ذكر التبرير والتأسيس الذي جاءت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حيث جاء فيها :

" والسبب في أن الغلط في فهم القانون لا يؤثر في الصلح ، أن المتصالحين كانا وهما في معرض المناقشة في حقوقهما ، يستطيعان التثبت من حكم القانون فيما قام بينهما من نزاع على هذه الحقوق ، بل المفروض أنهما تثبتا من هذا الأمر فلا يسمع أحد منهما بعد ذلك أنه غلط في فهم القانون " .[2]

وجملة القول حول هذه الآراء والتبريرات التشريعية والفقهية ، أن الملاحظ عليها عدم دقتها وعدم وصولها إلى تبرير وتأسيس مقنع وكاف لهذا الخروج عن القاعدة بعدم جواز الطعن في الصلح لغلط في القانون ، فكل هذه الآراء لم توفق في الوصول إلى وضع أساس قانوني لهذا الإستثناء ، خاصة بالنظر إلى عدم سلامة كل هذه المواقف والآراء من النقد والتقييم .

ومنه – وفي رأينا - إن ترك المشرع الجزائري الأمر بصدد الغلط في الحساب والواقع للقواعد العامة وعدم استحداث إستثناء لذلك ، يعتبر دافعا لعدم الخروج باستثناء خاص للغلط في القانون أي المادة **465** من القانون المدني الجزائري ، زيادة على أن المشرع الجزائري لم يبرر مثل هذا الخروج عن القواعد العامة ، الأمر الذي يدعو إلى القول بالإتباع التام للتشريعين المصري والفرنسي – كما هي الحال في عدة نصوص قانونية أخرى – خاصة عدم سلامة النصين الفرنسي والمصري من النقد المستمر من الفقه ، و لهذا نرى أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا في نقل مثل هذا الاستثناء ، و كان الأولى الاجتهاد بشأن نقله ، كما فعل في عدم اشتراط الكتابة في الصلح مخالفا للتشريعات الأخرى[3] ليتيسر الأمر بجواز طلب إبطال عقد الصلح – حماية للطرفين – لوجود غلط في القانون .

---

[1] / يلاحظ ان تبرير بواييه قاصر من جهتين : <u>أولهما</u> ان حسم القاضي للنزاع لا يعني بالضرورة غلط الخاسر للدعوى في القانون، <u>وثانيهما</u> أن الفقيه بواييه لم يأت في الحقيقة الا بآراء ومواقف غيره من الفقهاء ولم يأت بجديد .

[2] / مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء **04** – ص **461** .

[3] / انظر الصفحة **63** من هذا البحث .

2 / عيوب الإرادة الأخرى في عقد الصلح :

بعد التطرق إلى الغلط باعتباره أهم عيوب الإرادة من حيث تنظيم المشرع لبعض أحكامه و لكثرة وروده عمليا ، يبقى الحديث عن عيوب الإرادة الأخرى و التي اعتمدها المشرع الجزائري في القواعد العامة وهي التدليس و الإكراه و الاستغلال ، و التي تؤدي إلى طلب إبطال العقد عند تمسك صاحبها بها.

و الملاحظ جليا في النصوص و الأحكام المتعلقة بعقد الصلح أن المشرع الجزائري لم يأت باستثناءات و أحكام خاصة كما فعل في الغلط ، و لذلك سنتناولها بشيء بسيط من الدراسة لتعلقها بالقواعد العامة .

أ / التدليـ ـس :

أورد المشرع الجزائري التدليس في المادتين **86** ، **87** من القانون المدني الجزائري فقط ، دون وضع أحكام خاصة به إزاء عقد الصلح ، و هو الوجه الدي يفيد الإقتصار على تطبيق القواعد العامة في التدليس على عقد الصلح .

فإذا تصالح شخصان على جميع المنازعات القائمة بينهما ، ثم ظهرت بعد إبرام الصلح أوراق و مستندات كانت قد أخفيت بفعل أحد المتعاقدين ، فإن للمتعاقد الآخر الحق في طلب إبطال الصلح لأجل هذا التدليس .[1]

ب / الإكـ ـراه:

تناول المشرع الجزائري الاكراه في المادتين **88**، **89** من القانون المدني الجزائري ، دون أن يوليه بأحكام خاصة إزاء عقد الصلح ، فهو كالتدليس يخضع لتطبيق القواعد العامة لأن عدم التخصيص يقود إلى التعميم .

ومن أمثلة الإكراه في عقد الصلح إبطال الصلح الذي أكره عليه ربان السفينة برفع دعوى عليها لا سند لها في القانون ، و كان الغرض الوحيد منها هو الحكم عليه بتعويض لاحق للمدعى فيه ويترتب عليه توقيع الحجز على السفينة ومنعها من مغادرة الميناء في اليوم السابق مباشرة لليوم المحدد لرحيلها .[2]

ج / الاستـ ـغـ ـلال

لقد تناول المشرع الجزائري الاستغلال في المادتين **90** - **91** من القانون المدني الجزائري دون تخصيص منه بالتنظيم إزاء عقد الصلح بنصوص خاصة مما يفيد الرجوع كالإكراه و التدليس إلى القواعد العامة للاستغلال .

وقد يستوجب الأمر القول بإن الغبن هو المظهر العملي و الملموس لفكرة الاستغلال ، فهذا الأخير شيء معنوي و الغبن شيء مادي ، أي أن الغبن صورة مادية للاستغلال .

---

[1] / مجموعة الأعمال التحضيرية القانون المدني المصري – الجزء **04**- **ص460**

[2] / جمال زكي – العقود المسماة – دار الكتاب العربي مصر **1960** - ص **32** – أخذا عن حكم من محكمة النقض الفرنسية في **1875/02/19** .

ومما يستوقف الباحث في الاستغلال بعقد الصلح أن الغبن باعتباره يدل على عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يحصل عليه بالعقد ، لا يمكن تطبيقه إلا في عقود المعاوضة المحددة غير الاحتمالية ، كما هي الحال بالنسبة لعقد الصلح ، ففيه يعرف المتعاقدان مقدار ما قدماه و ما أخذاه جراء الصلح كـقاعدة عامة .

فإذا استغل أحد المتصالحين ما في الآخر من طيش بين أو هوى جامح وأبرم معه عقد الصلح و أخذ بدل الصلح نتيجة هذا الاستغلال ، فإن هذا الأمر يدعو إلى طلب إبطال الصلح و إرجاع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد .

المطلب الثالث

مقارنة التراضي بين الفقهيين الإسلامي و الوضعي

سيكون هذا الجانب – كما هو ظاهر – مقتضبا و ذلك لعدم وجود فروق هامة و عملية بين الفقهين الإسلامي و الوضعي حول التراضي ، و إنما أوردنا هذا المطلب بسبب منهجية الدراسة ، وكذا لطرح الملاحظة العامة بصدد المقارنة و هي عدم تباين الفقهين بصدد التراضي سواء من حيث وجوده أو من حيث صحته .

فكل من الفقهين يرى اشتراط الإيجاب و القبول لوجود التراضي في عقد الصلح وكل منهما يكتفي بتطابق الإيجاب مع القبول لقيام العقد ، دون اشتراط شكل معين للإنعقاد .

ومن جانب آخر يجتمع الفقه الإسلامي مع الفقه الوضعي – من الناحية التشريعية - كذلك في مسألة وجوب صحة التراضي بعقد الصلح ، و ينظم كل منهما مسألة أهلية المتصالح و أهلية من ينوب عنه نيابة شرعية أو قانونية .

كما أن مسألة سلامة إرادتي المتصالحين من العيوب تناولها الفقهاء بالتنظيم و التبويب و التوسعة في مجال الغلط كذلك ، و لعل ما أثير من نقاش حول الغلط في القانون و استحداث استثناء للقواعد العامة بصدده ، يوازيه في الفقه الإسلامي تدافع الفقهاء - رحمهم الله - لتنظيم مسألة إرادة المتصالح وتوليها بالتفصيل في المذاهب الفقهية كلها .

وإن يكن من اختلاف بين الفقهين الإسلامي و الوضعي حول باب التراضي في عقد الصلح ، فإنه لا يعدو أن يكون متعلقا بالتقسيم و التبويب و التسمية كما في الفقه الإسلامي الذي يفرق بين الإرادة الموجودة و الإرادة المعيبة في عقد الصلح وهو الوجه غير المعروف في الفقه الوضعي .

المبحث الثاني

المحـــــلّ في عقد الـــصلح

المحلّ هو الركن الأساسي الثاني لقيام العقود كلها ، وهو ركن في الالتزام بصورة خاصة و يعبر عنه كركن للعقد كله [1] ، و محل الالتزام هو الأمر الذي يلتزم المدين القيام به وهو إمّا أن يكون إعطاء شيء أي نقل حق عيني على شيء ، و إمّا أن يكون أداء عمل ، و إماّ أن يكون امتناعا عن عمل [2] .

و الفقه الإسلامي له تسمية خاصة لمحل العقد بحيث يسميه " المعقود عليه "

وعلى نهج الدراسة فإن الأمر يدعو إلى التطرق لمحل عقد الصلح بالتوزيع الآتي :

المطلب الاول :محل عقد الصلح في الفقه الإسلامي .

---

[1] / في هذه المسألة اختلافات كثيرة و انتقادات جمّة – انظر السنهوري – الوسيط - الجزء **01** ص **182**.

[2] / سليمان مرقص – مصادر الإلتزام – المطبعة العالمية القاهرة **1964** -ص **102** .

المطلب الثاني : محل عقد الصلح في الفقه الوضعي .
المطلب الثالث : مقارنة محل الصلح بين الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي .

المطلب الأول

محـــــل عقد الصلح في الفقه الإسلامي

أول ما يجب تبيانه في هذا الصدد هو أن الفقه الإسلامي يفرق بين أمرين ، أولـهما المصالح عنه و هو الأمر الذي تصالح عليه الطرفان بأن كان محل نزاع بينهما ، و قد يكون عينا أو دينا أو منفعة أو حقا من الحقوق سوى ذلك ، و ثانيهما بدل الصلح أو المصالح به أو المصالح عليه ، وهو المال الذي يأخذه أحد المتصالحين نتيجة التنازل عن المصالح عنه.

فإذا ادعى شخص ملكية عقار بيد آخر و صالحه على مبلغ من المال ، فإن محل الصلح هنا و المعقود عليه هو العقار وهو المصالح عنه ، أما المال الذي دفعه أحدهما كان بدل الصلح .

ومنه فإن المعقود عليه أي محل الصلح هو المصالح عنه و الذي سنوليه بشيء من التفصيل وذلك من ناحية شروطه [1]

أولا : ثبوت وجود المعقود عليه وقت الصلح

هذا الشرط مستساغ من روح الشريعة الإسلامية كلها ، فلا يمكن التعاقد على أمر مستقبلي لأنه " لا يعلم الغيب إلاّ الله تعالى " و لذا فإنه يشترط في محل الصلح إن يكون موجودا حقا وقت إبرام الصلح ، و يبطل العقد إذا انعدم وقته حتى و لو كان المحل محقق الوقوع مستقبلا ، فلا تعاقد على معدوم .

---

[1] / يوجد كذلك شروط اخرى في الفقه الإسلامي تتعلق ببدل الصلح وهي :

1- ان يكون مالا متقوما مقدور التسليم ، او يكون منفعة

2- أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة الفاحشة المؤدية الى النزاع إن كان يحتاج للتسلم والتسليم عند غير الأحناف ، مع الاختلاف حول هذا الشرط ، وفي ذلك انظر فقه السنة للسيد سابق – الجزء **03** – ص **378** .

و هذا الشرط موافق للشروط الموجودة في العقود كلها باستثناء ما وقع الإجماع عليه من الفقهاء كعقدي الإستصناع أو الإيـــجار.

ومما يستوجب توثيقه في معرض الحديث عن الفقه الإسلامي إزاء محل العقد ، أن هذا الشرط موجود دون تفصيل أو تقييد في كل من المذاهب الشافعي و الحنفي و الحنبلي ، بينما يفصل المذهب المالكي هذا الشرط بحسب ما إذا كان من عقود المعاوضة أو التبرع ، فإذا كان من عقود المعاوضة فإن هذا الشرط يكون قائما ، بينما لا اشتراط لوجود المحل وقت العقد في عقود التبرع بل يقوم بالمحل الممكن وجوده مستقبلا.[1]

ثانيــا: كون المصالح عنه من الحقوق التي يجوز فيها التصرف

و الحقوق التي يجوز التصرف فيها هي ما كانت للعباد و ليست لله عز وجل ولو كان غير مال للقصاص ، كدار أو ركوب دابــة .

أما حقوق الله تعالى فلا صلح عنها ، فلو صالح الزاني أو السارق أو شارب الخمر من أمسكه ليرفعه للقضاء على مال لإطلاق سراحه ، كان الصلح باطلا ، بل يعتبر هذا المال رشوة ، و لاصلح كذلك عن حد القذف لما فيه من فائدة لزجر و تأديب و تخويف الناس من الوقوع في أعراض بعضهم البعض ، فهو وإن كان فيه حق للعبد ، فحق الله تعالى فيه أغلب .[2]

كما لا يجوز صلح الشاهد على مال ليكتم الشهادة سواء بحق الله تعالى أو بحق آدمي لأن كتمان الشهادة أمر محرم قال الله تعالى **(** ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه **)**[3] وقال عز وجل : **(** و أقيموا الشهادة لله **)**.[4]

وعلى ذلك فإن حقوق العباد التي يجوز التصرف فيها يجب أن تكون مالا متقوما أو منفعة ، و لا يشترط العلم بها لأنه لا يحتاج فيها للتسليم .

ومن الأدلة التي صاغها الفقهاء في هذا الصدد :

عن سيدنا جابر رضي الله عنه أن أباه قتل يوم أحد شهيدا و ترك عليه دينا مقداره ثلاثين و سقا لرجل من اليهود، فاستنظره جابر فأبى أن ينظره و أشتد الغرماء في حقوقهم ، فكلّم جابر **سيدنا رسول الله** صلى الله عليه و سلم ليشفع له إليه فجاء **رسول الله** صلى الله عليه و سلم و كلّم اليهودي ليأخذ ثمرة نخله بالذي له فأبى ، فدخل رسول الله صلى الله عليه و سلم النخل فمشى فيها ، ثم قال لجابر رضي الله عنه : جذ له فأوف له الذي له . فجذه بعدما رجع **رسول الله** صلى الله عليه و سلم فأوفاه ثلاثين و سقا وفضلت سبعة عشر و سقا " .

---

[1] / يس محمد يحيى –المرجع السابق - ص **294** ، **295** .

[2] / سيد سابق –المرجع السابق – ص **381** .

[3] / سورة البقرة – الآية **283** .

[4] / سورة الطلاق – الآية **02** .

وقال تعالى : (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان) .[1]

ثالثا : أن يكون المصالح عنه معلوما إذا احتاج إلى التسليم

هذا الشرط سبق الحديث عنه عند عدم إشتراطه في المال إذا لم يكن يقاد بالتسليم ويكون مجهولا.

ويكون المحل محتاجا إلى التسليم والتسلم كما لو ادعى شخص حقا ولم يسمّه في دار بيد شخص آخر ثم يصطلحان على أن يعطي المدعي للآخر مالا معلوما ليسلم له ما ادعى به فهذا الصلح باطل لأن المعقود عليه يحتاج إلى التسليم والتسلّم ، وهذه الجهالة تجعل من العقد فاسدا .

وقد يكون غير محتاج للتسليم والتسلم إذا تم التصالح على أن يترك كل من المتصالحين للآخر عقارا معينا ، فهنا لا حاجة للتسلم والصلح صحيح وقائم .

وهذا الشرط يفيد صراحة جواز الصلح عن المجهول ، وللفقهاء أدلة ساقوها من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، ومن أعظم الأدلة على هذا الجواز ما روي عن أم سلمة رضي الله عنها قالت :

جاء رجلان يختصمان إلى **رسول الله** صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بيّنة فقال **رسول الله** صلى الله عليه وسلم : " إنكم تختصمون إلى **رسول الله** ـ صلى الله عليه وسلم - وإنما أنا بشر ، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أقضي بينكما على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي بها إسطاما في عنقه يوم القيامة " فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما : حقي لأخي . فقال **رسول الله** صلى الله عليه وسلم : " أما إذا قلتما ، فاذهبا فاقتسما ثم توخيا الحق ثم أستهما ثم ليحلل كل واحد منكما صاحبه " . فقول **رسول الله** صلى الله عليه وسلم " اذهبا فاقتسما .... " دليل على عدم التعيين فيما اتفقا عليه فيجوز بذلك الصلح على مجهول.

رابعـــا : ملكية المتصالح للمصالح عنه

يشترط أن يكون المصالح عنه حقا خالصا للمصالح وإلا كان الصلح باطلا .

ومثاله أن تدعي امرأة على رجل طلقها أن الصبي الذي بيدها إبنه منها وأنكر الرجل ذلك ، ثم صالحها على شيء من المال لتتنازل على دعوى النسب ، فهذا الصلح باطل لعدم امتلاك المرأة لحق النسب الذي هو ملك للصبي .[2]

---

[1] / سورة البقرة – الآية **178** .

[2] / يس محمد يحيى –المرجع السابق - ص **307** .

خامسا : وجود ولاية للمصالح على المصالح عنه

إذا ثبت للمصالح حق تملك في الولاية على المصالح عنه فإن هذا الحق لا يسقط بالتنازل عنه بموجب الصلح ، أي لا يمكن أن يتم التنازل بموجب الصلح على حق الولاية التابعة للمصالح عنه ولكي يتضح هذا الشرط أكثر نطرح لذلك مثلا :

إذا صالح المشتري الشفيع (صاحب حق الشفعة) على مال ليترك حق الشفعة ، فالصلح باطل في هذه الحالة لأن الثابت للشفيع حق التملك وهو ليس ثابتا في المحل بل هو حق الولاية التي هي صفة الوالي على الحق فلا يمكن الصلح عنه .وكمثال آخر إذا كان لشخص بستان في طريق نافذ فخاصمه شخص آخر وأراد أن يتركها فصالحه على مال فالصلح باطل ، لأن الطريق غير مملوكة لأحد من الناس وإنما لهم فقط المرور عليها ، وهذا ليس بحق ثابت في المحل أي الطريق وإنما هو عبارة عن ولاية المرور التي هي صفة المارة .[1]

المطلب الثاني

محل عقد الصلح في الفقه الوضعي

إن محل الصلح في الفقه الوضعي هو الحق محل التنازع بين الأطراف ، وذلك استنادا إلى أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته و من حقوقه .[2]

و تكون صورة هذا التنازل المتبادل بأن ينال أحد الطرفين كل الحق المتنازع عليه أو جزءا منه أو بدلا عنه للطرف الآخر.

وإذا كان محل الصلح هو الحق المتنازع فيه فإن لهذا الحق شروطا لابد من توفرها –كما في الفقه الإسلامي – لقيام الإلتزام التعاقدي بين المتصالحين يرجع فيها للقواعد العامة مع استحضار بعض القواعد الخاصة في هذا الصدد.

أولا : وجود محل الصلح أو إمكانية وجوده

ما يلاحظ على الأحكام المتعلقة بعقد الصلح في التشريع المدني الجزائري - كسائر التشريعات - أن المشرع لم يخص الصلح بحكم خاص إزاء وجود محله أي وجود الحق المتنازع حوله ، مما يفيد صراحة تطبيق القواعد العامة بهذا الصدد . و تنص المادة **1/92** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" يجوز أن يكون محل الإلــتزام شيئا مستقبلا و محقـقا " .

---

[1] / يس محمد يحيى –المرجع السابق – ص **308** .

[2] / يرجع المبحث الاول من الفصل الاول الخاص بتعريف الصلح في هذا البحث .

و عليه يشترط أن يكون الحق المتنازع حوله بدرجة أولى موجودا وقت إبرام الصلح و عليه يجب أن يكون الشيء الذي يتعلق به الحق العيني موجودا وقت نشوء الإلتزام الناتج عن عقد الصلح.

وبدرجة ثانية أن يكون محل الصلح على الأقل ممكن الوجود في المستقبل بشرط الاتفاق عليه في العقد ويستثنى من قابلية وجود المحل التعامل في أموال شخص آخر بنية موته .إذ تنص المادة **2/92** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون ".[1]

وفي هذه الحال سواء كان الإلتزام القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل فإنه يجب أن يكون هناك وجود للمحل أو قابلية وجوده على الأقل.

و تنص المادة **93** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" إذا كان الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا "

فالإستحالة المطلقة للحق المتنازع حوله تجعل من الصلح باطلا مطلقا لأنه لا التزام بمستحيل.

ثانيا: تعيين محل الصلح أو قابلية تعيينه

تماثلا مع شرط وجود محل الصلح فإنه لا وجود لحكم خاص بصدد تعيين المحل في الصلح ، مما يفيد كذلك تطبيق القواعد العامة للعقود في هذا الشأن ، فقد نصت المادة **1/94** من القانون المدني الجزائري :

" و إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا "

إن الإلتزام الناشئ عن الصلح يجب أن يكون معروفا للمتصالحين معرفة خاصة فإذا تنازع الطرفان على عقار ثم تصالحا عليه وجب تعيينه و تحديد موقعه و مساحته و حدوده وكل ما يعينه، فإذا لم يكن قابلا للتعين بذاته وجب تعيين جنسه و نوعه و مقداره ، فإذا تخلف هذا التعيين أو قابليته بطل الصلح كله.

و تنص المادة **2/94** من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " و يكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشي، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، إلتزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط " .

---

[1] / لنا رأي في هذه المادة حول مصطلح" تركة" فهو لا يتوافق مع المفاهيم اللغوية على الإطلاق إذ لا يمكن أن يتصور شخص على قيد الحياة يسمى ماله" تركة " فالتركة مأخوذة من الترك، بترك الرجل لماله بموته، وإذا كان المشرع يقصد من التركة المال الذي سيكون فيما بعد تركة يجوز التعامل فيها ، فإن هذا التعيين يتنافى مع اللغة - مع إتساع مفرداتها- و مع المصطلحين الواردين في المادة ،" على قيد الحياة "و" برضاه " فهما يفيدان أنه صاحب مال وليس صاحب تركة ، وهذا من الأخطاء التشريعية الشائعة و الناجمة عن الإتباع.

إن كل هذه المعايير و الضوابط المذكورة في هذه المادة تفيد صراحة وجوب تعيين محل الإلتزام أو على الأقل قابلية تعيينه. و عليه وجب أن يكون محل الإلتزام بعقد الصلح أي المتنازع عليه أو المتصالح عليه معينا أو ممكن التعيين مستقبلا و إلا كان الصلح باطلا بطلانا مطلقا .

و في رأيي أن عقد الصلح يعتبر مثلا للعقود التي وجب تعيين محلها بصفة جيدة ذلك أن الصلح ينهي النزاع بصفة نهائية ولا يكون هذا إلا بالتعيين الدقيق ، هذا من جهة و من جهة أخرى إن القاضي يبحث عن كل الأوصاف و المظاهر و الأشكال التي يتميز بها الحق المتنازع عليه بما لا يدع لديه مجالا للخلط أو الحيرة ، فهذا يعتبر داعيا إلى وجوب تعيين محل عقد الصلح زيادة على إشتراطه في القواعد العامة.

و تنص المادة **95** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" إذا كان محل الإلتزام نقودا، إلتزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير " . فهذا يفيد تعيين النوع و المقدار إذا كان محل الإلتزام نقودا .

ثالثا: مشروعية محل الصلح و قابلية التعامل فيه

تنص المادة **96** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" إذا كان محل الإلتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا "

فيعتبر العقد مشروعا و قابلا للتعامل فيه حين موافقته و عدم مساسه بمبادئ و قواعد النظام العام و الآداب .

وبخلاف الشرطين السابقين لمحل عقد الصلح في الرجوع للقواعد العامة ، فإن الأمر ليس كذلك في هذا الشرط ، بل إن المشرع قد خص هذا الشرط بنص قانوني في المادة **461** من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي :

" لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية ".[1]

وبمقارنة هذا النص مع المادة **96** من القانون المدني الجزائري السابق ذكرها نلاحظ أن النص الخاص في مبدئه يتوافق مع القواعد العامة حول مشروعية محل عقد الصلح ولكنه أتى باستثناء آخر كذلك ، وسنعرض لهذه المسائل على التوزيع الآتي:

1 / عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية والأهلية:

إن الحالة الشخصية هي مجموع الصفات التي تحدد المركز القانوني للشخص من حيث كونه منتميا إلى دولة معينة أو أسرة معينة أو دين معين .

---

[1] / يضيف المشرع المصري في المادة **551** من القانون المدني المصري " ... الحالة الشخصية أوالتي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " و سنعرض في المكان المناسب رأينا حول هذا الاختلاف.

أما الأهلية فهي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق له أو عليه و للتعبير عن إرادته تعبيرا يعتد به القانون ، فيرتب عليه آثارا قانونية.
و القاعدة أن لا تعامل في الحالة الشخصية و لا في الأهلية لأنهما من النظام العام.
و بالرجوع إلى المادة **45** من القانون المدني الجزائري فإنها تنص :
" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها "
و تنص المادة **47** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :
" لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من حقوق الملازمة للشخصية أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر ".
ومن المسائل التي تتعلق بالحالة الشخصية : الأبوة و البنوة و الزواج و الطلاق فلا يجوز التصالح فيها، وكذلك لا يجوز لشخص غير متمتع بالأهلية أن يبرم عقد صلح مع آخر على أنه آهل.
و في الحقيقة و كما هو ظاهر فإن هذا المبدأ الوارد في الفقرة و بالأحرى الجملة الأولى يعد تطبيقا صارخا و تاما لما ورد في القاعدة العامة ، مما يدعو إلى التساؤل حول سبب استحداث المشرع الجزائري لهذا النص الخاص الوارد في الجملة الأولى من المادة **461** السابقة ، لأنه يوافق القواعد العامة الواردة في المواد **45،47،96** السابق ذكرها.
و في رأينا أن المشرع الجزائري – كسائر التشريعات - يدرك أن هذه الجملة الأولى من المادة **461** من القانون المدني الجزائري معادة و سبق تكرارها لعدة مرات ، و لكنه يجعل منها مدخلا و تمهيدا و منطلقا للإستثناء الوارد في الجملة الثانية في جواز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية.
وانطلاقا من هذه الفقرة الثانية من المادة **461** من القانون المدني الجزائري فإن الحقوق المالية التي تترتب على الحالة الشخصية يجوز الصلح حولها.
فإذا كان محظورا على الأطراف التصالح حول الميراث لأنه من الحالة الشخصية ، فانه يجوز أن يكون محلا للصلح الحق المالي الناشئ عن الميراث ، و إذا كانت المرأة تتصالح حول الطلاق لأنه يتعلق بالحالة الشخصية فإنه يمكن أن تتصالح حول نفقة العدة المترتبة عن الطلاق.
كما يمكن تباعا لجواز الصلح حول الحقوق المالية الناجمة عن الحالة الشخصية أن يتصالح الطرفان حول الحقوق و المصالح المالية المترتبة عن الأهلية.
فيجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد أن يصالح من تعاقد معه و هو قاصر على إجازة العقد بشروط معينة .[1]

و ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري استعمل طريقة العموم و التخصيص في صياغة منع الصلح في مسائل النظام العام ، فقد ذكر الحالة الشخصية كمظهر أو جانب من جوانب النظام العام ، ثم ذكر النظام العام كله بصفة عامة ، و الذي تدخل ضمنه الأهلية وأحكامها و لهذا يفهم من سياق المادة **461** من القانون المدني جواز الصلح حول المصالح المالية المترتبة عن الأهلية كذلك.

2 / عدم جواز الصلح عن الجريمة

[1] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **05** –المرجع السابق - ص **557** .

من المسائل التي يثار حولها التساؤل في إمكانية الصلح حولها، ما تعلق بارتكاب الجريمة ، و من الثابت أن من أرتكب جريمة لا يجوز له الصلح عليها لا مع النيابة العامة بصفتها حامية للحق العام ولا مع المجني عليه.

و هذا الموقف يكون استنادا للقواعد العامة المقررة في القانون الجنائي ، فمتابعة الجاني لا تكون من الضحية فقط بل هي حق للمجتمع الممثل بالنيابة العامة.

فلا يمكن التصالح حول التنازل عن المتابعة الجنائية حسب المادة **2/2** من قانون الإجراءات الجزائية. و مادام المجني عليه لا يمتلك حق متابعة الجاني لوحده لأنه حق للمجتمع كله فلا يمكن أن يصطلح الجاني مع المجني عليه على مبلغ من المال من أجل عدم متابعته عند السلطات المختصة ، وهذا المبدأ قائم مهما تنوعت الجريمة إلى جناية أو جنحة أو مخالفة .

و تباعا للإستثناء الوارد حول إمكانية التصالح حول الحقوق المالية الناشئة عن الحالة الشخصية ، فإنه يمكن أن يكون الصلح حول الحقوق المدنية الناشئة عن الجريمة ، و هذا أمر ظاهر لأن الأمر يتعلق في المنع بجريمة جزائية بينما تتعلق إجازة الصلح هنا بحقوق مدنية. فإذا تضرر شخص من جرح شخص آخر له فإنه وان كان الصلح حول المتابعة الجزائية باطلا ، إلا أنه يمكن أن يتم التصالح بين المتهم والمضرور في الشق المدني . **1**

و إذا كان التصالح حول المتابعة الجزائية محظورا و باطلا فإن بعض الجرائم المنصوص عليها، يشترط المشرع فيها المتابعة من المجني عليه كالقذف و السرقة و الزنا بين الأصول و الفروع و الأزواج مما يدعو إلى إمكانية وقوع الصلح بين الجاني و المجني عليه حول هذه الجرائم مادامت متوقفة على متابعة المجني عليه، فهنا إذا وقع الصلح قبل تقديم الشكوى فإنه - و حسب المعمول به قضائيا- يمكن لوكيل الجمهورية أن يحفظ المتابعة إذا كان الصلح ظاهرا و جديا و غير ضار بالطرف المدني خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل بسيطة بحيث إذا تم التصريح أمام الشرطة القضائية بالتنازل عن المتابعة و عن الصلح بين الطرفين فإنه يسجل ذلك في المحضر الذي قد يؤيده وكيل الجمهورية فتنقضي الدعوى العمومية بالتنازل . هذا من الناحية العملية ، أما من الناحية القانونية فإن المشرع الجزائري أورد هذه الحالة في نص المادة **6/ 4،3** من قانون الإجراءات الجزائية :

" تنقضي الدعوى العمومية في حالة سحب الشكوى إذا كانت هذه شرطا لازما للمتابعة "

" كما يجوز أن تنقضي الدعوى العمومية بالمصالحة إذا كان القانون يحيزها صراحة " **2**

---

[1] / قد يتبادر إلى الذهن مسألة طلب الطرف المدني التعويض بالدينار الرمزي هل هو تنازل عن التعويض فيعتبر هذا صلحا إذا أعطاه بدلا بينهما من المال، أم أن طلب التعويض في حد ذاته يعبرعن عدم تنازل عن الحق المدني؟ و نرى أن الجواب الثاني أقرب لأنه مهما كانت قيمة التعويض المطالب به إلا أنه ينبئ عن عدم التخلي عن المتابعة المدنية.

2/ الأولى استعمال مصطلح "الصلح" لأنه عقد و المصالحة إجراء - أنظر الصفحة **54** من هذا البحث .

تبقى الإشارة في هذا الصدد إلى ما يلاحظ على نص المادة **461** من القانون المدني الجزائري بمقارنته مع النصوص القانونية الجزائية الجزائرية ، و القانون المدني المصري مثلا ، فإن الشرع المصري أضاف في المادة **551** من القانون المدني " أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " و هو الأمر المنعدم في نص المادة **461** من القانون المدني الجزائري ، فإذا كان المشرع المصري أورد هذا الجانب لوجود تطبيقات قانونية جزائية لديه، فإن هذه التطبيقات موجودة كذلك في القوانين و الاقضية الجزائية الجزائرية ، فلا نعلم لماذا لم يورد المشرع الجزائري هذا الجانب في نص المادة ولو بطريق الإتباع ، و إذا كان له رأى و تبرير فإن هذا التبرير يغيب عن النظر و العقل ، مما يدعو إلى مراجعة نص المادة **461** بالإضافة و التعديل خاصة لتوافق ذلك مع أحكام الشريعة الإسلامية كما سيأتي بيانه في المقارنة بين الفقهين الوضعي و الإسلامي حول هذه المسـألة.

المطلب الثالث

مقارنة محـل الصلح بين الفقـه الإسلامي و الفقه الوضعي

من خلال إجراء مقارنة حول شروط المحل في عقد الصلح – حسب منهج الدراسة – لدى الفقهين الإسلامي و الوضعي سيما النصوص التشريعية إزاء ذلك ، فإنه يلاحظ وجود أوجه للتقارب وأخرى للتماثل وأخرى للاختلاف.

أولا : حول شرط وجـود المحل

سبق الحديث عن اشتراط وجود الـمحل أو قابلية وجود على الأقل من أجل قيام عقد الصلح ، مهما تنوع المحل إلى شيء أو عمل أو امتناع عن عمل ، لكن الملاحظ بين الفقهين ، أن الفقه الوضعي أوسع نطاقا في هذا الشرط ذلك أنه يشترط وجود محل الإلتزام أو على الأقل إمكانية وجوده أو قابليته لذلك ، أي يمكن أن يكون محل الإلتزام بعقد الصلح شيئا مستقبليا.

بينما لا وجود في الفقه الإسلامي إلا لشرط الوجود ، أي لابد أن يكون المحل موجودا فعلا وقت إبرام الصلح ، إذ أن الفقه الإسلامي لا يعترف بقابلية وجود المحل مستقبلا و هذا كقاعدة عامة إزاء بعض الإستثناءات كعقد الإيجار و الإستصناع.

ثانيا : حول شرط تعيين المحل

هذا الجانب هو محل تقارب شديد بين الفقهين ، فلا بد من تعيين محل الإلتزام أو إمكانية تعيينه ، و يبقى الأمر بينهما حول التسمية و الطريقة في التعيين ، فالفقه الوضعي يشترط في محل الإلتزام الناشئ عن الصلح التعيين بالذات أو الجنس و النوع و المقدار أو قابلية تعيينه بذلك.

و الفقه الإسلامي يشترط العلم بالحق المتصالح عنه إذا كان فيه قبض و تسليم ، فإن لم يكن ذلك فيجوز الجهالة به يسيرا ، لأن اشتداد الجهالة يؤدي إلى المنازعة لا إلى المصالحة.

ثالثا: حول مشروعية المحل و قابلية التعامل فيه

يشترط التشريع الجزائري أن يكون المحل مشروعا أو قابلا للتعامل فيه أي غير مناف للنظام العام و للآداب فلا صلح على ما تعلق بالحالة الشخصية و الأهلية و غيرهما ، و لا على الجرائم و المتابعات الجزائية مع إستثناء إمكانية وقوع الصلح حول الجوانب المالية لكل من الجرائم و الأهلية و الحالة الشخصية مثلما تقدم.

كما يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون المصالح عنه من حقوق العباد التي يجوز التصرف فيها و ليس من حقوق **الله تعالى** و هذا هو مدلول مشروعية المحل و قابلية التعامل فيه.

وهنا يظهر التماثل من حيث المدلول و الموضوع بين الفقهين ، و إن يكن من اختلاف فهو من حيث الصياغة اللفظية حيث يرى الفقهاء والملاحظون – و نؤيدهم في ذلك - أن الصياغة اللفظية لحق **الله تعالى** بعدم جواز التصرف فيه ، أكبر و أوسع وأوثق وأردع من مصطلح النظام العام الوارد في النصوص القانونية لأن [1] النظام العام يختلف من عصر لآخر ومن بيئة لأخرى ، لكن القرآن الكريم الذي جاء بمصطلح حق **الله تعالى** صالح بل مشروع لكل زمان ومكان .

---

[1] / يس محمد يحيى –المرجع السابق - ص **354** .

المبحث الثالث

الســـبب في عـقد الصلـح

إذا كان تحديد محل الصلح بجواب السؤال : بماذا إلتزم؟ فيكون : بمحل العقد ، فإن سبب العقد هو جواب السؤال : لماذا ألتزم ؟ .[1]

و عليه فإن السبب هو ما يقصده المتعاقد من العقد الذي أنشأ التزامات و حقوقا في ذمته، فهذا المعنى المتعلق بالالتزام بحسب اتجاه إرادة العاقد من هذا الإلتزام ، وبعبارة أخرى لا عبرة للسبب إذا لم يكن موصولا و مرتبطا بإرادة العاقد.

فوجود إرادة المتصالحين و تطابقهما و صحتهما من حيث الأهلية و السلامة من العيوب ، يفرض القول بأن الصلح كسائر العقود يعرف سببا للتعاقد نعرضه بحسب نهج البحث في الفقهين الإسلامي و الوضعي .

المطلب الاول : سبب الصلح في الفقه الإسلامي.
المطلب الثاني : سبب الصلح في الفقه الوضعي.
المطلب الثالث : مقارنة سبب الصلح بين الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي.

المطلب الأول

سبب عقد الصلح في الفقه الإسلامي

إن فكرة أركان العقد لا اختلاف فيها بين أثنين من حيث تعدادها إلى التراضي و المحل و السبب و الشكلية في بعض العقود.

لكن التداخل بين المحل و السبب لدى كثير من الفقهاء بل و حتى لدى التشريعات القديمة قد أنعكس سلبا على التأصيل لكل منها و نفي هذا التداخل و الإحاطة بكل من المحل و السبب بشيء من الأحكام المنفردة لكل منها.

و يظهر هذا الخفاء لركن السبب لاختلاطه بالمحل عند الفقهاء والمفكرين ، فهو وإن كان ظاهرا لنظرية العقد بصفة عامة بسبب ظهور الأحكام و الأفكار العامة و عدم

---

[1] / الأستاذ علي فيلالي –المرجع السابق – ص 187 .

تخصيصها ، إلا أن السبب عند بعض الملاحظين [1] خفي و غير ظاهر في عقد الصلح ، بحيث يصعب تحديده و تدقيقه و التصريح به.

وعليه سنتعرض إلى الآراء الشائعة حول سبب عقد الصلح ثم نبين رأينا في المسألة خاصة موقفنا حول وضوح السبب من تعريفه و بعض خصائصه.

أولا : إنهاء النزاع بين الأطراف

عرف هذا الرأي تطورا فكريا و لو بوجوده و بقائه في نفس السياق ، بحيث بدأ القول بأن عقد الصلح وجد من أجل رفع و قطع النزاع بين المتخاصمين ، وعليه يكون سبب عقد الصلح هو إنهاء النزاع فهو غاية للمتصالحين.

زيادة على ذلك فإن إنهاء النزاع كسبب للصلح فكرة عامة يستفاد منها تعميم هذا السبب على جميع أنواع الصلح من صلح على إقرار أو على إنكار أو على سكوت.

[1] / يس محمد يحيى –المرجع السابق - ص 357 .

و مما أضفى على هذا التصور للسبب التأييد والاعتماد هو أنه سبب مباشر لا يدعو إلى التفصيل و البحث عن النية الكامنة في ذات المتصالح ، فالسبب عند الفقه الإسلامي ما كان ظاهرا و ليس من السهل و لا من المستساغ البحث عن الباعث الكامن و الحقيقي للتصالح . لكن هناك موقفا لفقهاء آخرين [1] من حيث عموم السبب في العقود تجاه هذا التصور للسبب و هذا الاتجاه و إن كان في نفس السياق إلا أنه لا يكتفي بظاهر السبب بل يرى أن المتعاقد بالصلح يسعى إلى غايات أبعد مدى من إنهاء النزاع ورفع الخصومة.

كما يرى هذا الاتجاه أن السبب مادام هو الباعث للتعاقد ، فإن المتصالح يبحث من خلال الصلح عن حماية لمصالحه المالية بشكل أوفر و أوسع ، الأمر الذي لا يحققه القول بأن السبب في الصلح هو إنهاء النزاع ، ويظهر هذا التقييم جليا -و هو رأي صائب - في أن اشتراط مشروعية السبب لا تتحقق إذا كان الاقتصار على سبب إنهاء النزاع في عقد الصلح. كما أن السبب لا يمكن أن يكون متماثلا بين المتعاقدين كقاعدة عامة ، و القول بأن إنهاء النزاع سبب للصلح لا يحقق هذه القاعدة لاختلاف البواعث و الدوافع حتى بين المتعاقدين بنفس الصلح.

ثانيا : تنازل المصالح عن جزء من حقوقه سبب لالتزام المصالح الآخر

من المظاهر التي تبدي الخلط بين المحل و السبب ما جاءت به النظرية التقليدية للسبب في الفقه الغربي التي مفادها أن سبب الإلتزام التعاقدي هو التزام المتعاقد الآخر.

و عليه مادام هذا الرأي قائما في الفقه الوضعي و في القواعد العامة ، فإن إمكانية تطبيقه على عقد الصلح واردة ، بحيث يمكن القول أن سبب التزام المتصالح هو تنازل المتصالح الآخر عن جزء من حقوقه أو ادعاءاته.

لكن بالرجوع لمفهوم عقد الصلح في الفقه الإسلامي فإن الصلح يمكن أن يكون معاوضة أو تبرعا أو إبراء [2] و بتطبيق النظرية التقليدية للسبب السابق ذكرها على عقد الصلح في مفاهيمه في الفقه الإسلامي فإننا لا نجد لها تطابقا و صدى إلا في عقود الصلح التي تتضمن معاوضة كالبيع لأن هذا الأخير يقيم التزامات في ذمة الطرفين و عليه يمكن تصور تنازل متبادل لوجود معاوضة و من ثم وجود سبب قائم لدى الطرفين.

وجملة القول حول هذا الرأي ، أنه زيادة على عيوب النظرية التقليدية للسبب [3] ، فإن عدم إمكانية تعميم هذا التصور على كل أنواع الصلح المعروفة في الفقه الإسلامي يجعل هذا الرأي غير وجيه.

ثالثا : سبب الصلح يكون من نوعه و موضوعه

إن مما جرى الوقوف عنده بصدد البحث في الآراء و النظريات أن ما يؤخذ به و يعتمد عليه بعد استعراضها ما كان جامعا لمزايا هذه الآراء و نافيا لمساوئها و عيوبها،

---

[1] / زكريا بن محمد الأنصاري – فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب – الجزء 01 – دار الكتب العلمية 1418هـ ص 98.

[2] / راجع الصفحتين 21، 22 من هذا البحث .

[3] / عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – المرجع السابق – ص 22 ، 25 .

وبعبارة أخرى ـ و في هذا الصدد ـ فإن البحث عن سبب عقد الصلح يكون بالجمع بين الآراء من حيث مزاياها هذا من جهة ، ومن جهة أخرى بالتطرق إلى تفصيل السبب بحسب نوع الصلح من حيث موضوعه : صلح على معارضة أو على تبرع أو إبراء . فالسبب في عقد الصلح إذا كان في معنى المعاوضة هو : " إنهاء النزاع بحصول كل متصالح على بدل مشروع للصلح ".

و السبب في عقد الصلح إذا كان في معنى التبرع أو الإبراء فهو : " إنهاء النزاع بحصول المتبرع له على موضوع التبرع من هبة أو إبراء أو غيرهما مع لزوم نية التبرع بشرط أن تكون مشروعة .

وأريد أن أسجل هنا ملاحظة هامة - مع الاعتراف لساداتنا العلماء و الفقهاء بسبق الاجتهاد و الفضل - و هذه الملاحظة يتعلق بالسبب في عقد الصلح وذلك من خلال تعريف عقد الصلح في الفقه الإسلامي و قد سبق الحديث عن هذا التعريف لدى المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة و بالرجوع إلى أحكامها و أبلغها وأوثقها وألمها بعناصر الصلح و هو تعريف الإمام إبن عرفة المالكي ـرحمه الله -[1] ، وهو ان الصلح " انتقال عن حق او دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه " .

فمن هذا التعريف يتضح جليا و بوضوح أن موقف الفقه الإسلامي لا يظهر في المؤلفات و الآراء بسبب هذا الوضوح وذلك بصدد السبب في التعاقد بالصلح لأنه ظاهر من هذا التعريف و هو إنهاء نزاع قائم أو محتمل مع حصول المتعاقدين أو أحدهما لبدل الصلح ، وعليه نرى كفاية تعريف الصلح في تبيان السبب في عقد الصلح و هذا يغني عند النظر في الاتجاهات و الإجراءات الأخرى حول هذه المسألة .

المطلب الثاني

سبب عقد الصلح في الفقه الوضعي

سبق الحديث عن عدم إمكانية تعميم مضمون النظرية التقليدية للسبب عند الفقه الغربي على الصلح حسب مفهومه في الفقه الإسلامي، إلا أن هذه النظرية - كما سيأتي- توازت ولو بالتدرج الزمني مع محاولات واجتهادات في الفقه الوضعي لإعطاء المدلول الحقيقي للسبب في عقد الصلح، و ضبط هذا المدلول و تعميمه على سائر أنواع عقود الصلح ، كما هي الحال بالنسبة للنظرية الحديثة للسبب.

و لتباين هذه الوجهات في النظر حول سبب عقد الصلح سنعرض لإبراز النظريات و الآراء في الفقه الوضعي [2] مع إبداء التقييم المناسب إزاء ذلك.

---

[1] / راجع الصفحة 23 من هذا البحث .

[2] / سنعرض هذه الآراء بفكرة مختصرة لكل منها دون نقدها إلا بما كان ظاهرا.

أولا : سبب عقد الصلح حسب النظرية التقليدية

كما هي الحال بالنسبة لتطبيق نظرية السبب التقليدية على كافة العقود، فإن الغرض المباشر الذي أراد المتصالحان الوصول إليه، هو سبب عقد الصلح و عليه فإن سبب التزام كل متصالح هو نزول المتصالح الآخر عن جزء من ادعاءاته و تبرير ذلك حسب النظرية التقليدية أن ما التزم به المتعاقد هو سبب التزام المتعاقد الآخر، فيكون هذا الوجه وحيدا لرد هذه النظرية لتماثل هذا المفهوم مع محل الصلح، ويبقى القول أن هذا المدلول لا يتوافق إطلاقا مع طبيعة عقد الصلح.

ثانيا: رأي الفقيه فرويمسكو

سبق هذا الرأي جملة من الآراء لبعض الفقهاء مثل "بيفنور" **Bufnoir** ، " إسمان" و "موري" الذين وإن اختلفت وجهات نظرهم إلا أنهم يرون أن سبب عقد الصلح يقوم على فكرة السبب المزدوج في عقد الصلح فهناك بالإضافة إلى الأغراض المباشرة للمتعاقد أغراض أخرى غير مباشرة و تتمثل في الباعث الدافع و هذه الأغراض هي التي دفعت المتعاقد إلى الصلح.

ثم جاء الفقيه" فرويمسكو" الذي قام بنقد من سبقه من الفقهاء في آرائهم بما في ذلك النظرية التقليدية للسبب، وعارض فكرة السبب المزدوج في الصلح بحيث يرى" فرويمسكو" أن السبب مركب من ثلاثة عناصر: [1] **أولــها**: عنصرموضوعي، و هذا سبب التزام أحد المتصالحين هو التزام الطرف الآخر.

ثانيــها: عنصر شخصي مشترك و هو توجه إرادتي الطرفين المشتركة لوضع حد للنزاع القائم بينهما.

ثـالثـها: عنصر شخص خاص بكل واحد من المتصالحين ويختلف من متعاقد لآخر.

ويرى" فرويمسكو" أن هذه العناصر الثلاثة هي قوام السبب في عقد الصلح لدرجة أنه إذا وقع المتعاقد في غلط في أحد هذه العناصر جاز له طلب إبطال الصلح لوجود غلط في السبب .[2]

وأقل ما يقال لتقييم هذا الرأي هو أنه جاء بالعيب الذي وقعت فيه النظرية التقليدية للسبب باعتبار أن التزام التعاقد هو سبب التزام الآخر، زيادة على ذلك فإن "

---

1 / فرويمسكو – المرجع السابق - ص**19،17** حين يقول في ذلك:

" Pour nous, la cause d'une obligation est unique, elle est complexe, mais non pas double. Nous croyons que pour sa détermination, il faut prendre en considération outre la cause identique a tous les contrats d'une même notion, aussi la cause variable dans chaque contrat, avec chaque contratant" .

2 / فرويمسكو- المرجع السابق - ص **20**

3 / بواييه - المرجع السابق - ص **121،115** .

فرويمسكو " جاء بخليط غير متناسق و منهجي بين آراء عدة فقهاء لا تتقارب وجهات نظرهم بحيث من غير المعقول الجمع بينها .[1]

ثالثا: السبب في رأي بوابيه

إن وجود نظرية "فرويمسكو" بهذا المظهر و بهذه الأفكار فسح المجال لنقدها و تقييمها، ومن جملة من قاموا بنقد آراء "فرويمسكو" حول سبب الصلح الفقيه "بوابييه"، حيث و إنطلاقا من أن سبب الإلتزام ذو مدلول شخصي متغير، وأن بعض الدوافع توجد دائما في العقود التي تنتمي الى مجموعة واحدة ، تقتضي دوافع أخرى متغيرة من عقد لآخر بل من صلح لآخر فإن "بوابييه" يرى أن السبب له صورتين في عقد الصلح السبب بمعناه الثابت والسبب بمعناه العرضي[2]، فالسبب الأول يهدف إلى عدم فساد العقد من حيث الإخلال بصحة الإلتزامات التي ينشؤها الصلح ، و السبب الثاني يهدف إلى تثبيت و عدم إلغاء الإلتزام أي عدم إلغاء الصلح.

و ما يلاحظ جليا أن "بوايبه" وقع في العيب الذي أقامه على رأي "فرويمسكو" و هو الجمع غير المتناسق بين الآراء و النظريات، فكل من" فرويمسكو" و" بوابييه" يعطي رأيه في السبب بالمنظور المركب غير المؤسس بين العناصر.

رابعا: سبب الصلح في النظرية الحديثة

إن مضمون النظرية الحديثة يقوم على فكرة الباعث و الدافع إلى التعاقد بالصلح[3]، وهذا الدافع إلى الصلح من الثابت أن يكون مختلفا بين المتعاقدين في أغلب الصور التي يظهر بها عقد الصلح.

وذلك أن من المتعاقدين بالصلح من يبرمه لأنه يخاف أن يخسر الدعوى إن هي استمرت أمام القضاء، وآخر يبرم الصلح لأنه يرى في التقاضي إطالة للنزاع من حيث إجراءاته وغير ذلك .

وإذا كان السبب في عقد الصلح هو الدافع غير المباشر من إبرام عقد الصلح فانه يشترط أن يكون هذا الدافع مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة .

و في هذا الصدد تنص المادة **97** من القانون المدني الجزائري :

" إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا"

ويثار التساؤل : كيف يمكن ضبط السبب أو الباعث المشروع لدى المتصالحين؟ و على ذلك فإنه من أحسن الوسائل والطرق لأضفاء المشروعية على السبب أن يخبر كل

---

[2] / بوابييه - المرجع السابق - ص **120،121**

[3] / عبد الرزاق السنهوري-الوسيط- الجزء **05**- المرجع السابق - ص **542** .

متصالح من تصالح معه بالدوافع و البواعث التي قادته إلى الصلح، وإلا فإن الصلح يكون غير مشروع و يعرض العقد للبطلان .

و يؤيد هذا ما نصت عليه المادة **98** من القانون المدني الجزائري :

" كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

و يعتبر السبب المذكور في العقد، هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه"

و نرى في هذا الصدد - و إنطلاقا من عدم دقة و عدم صحة بعض الآراء السابقة - أن السبب بمفهوم الباعث غير المباشر للتعاقد غير كاف لوحده ، لأنه من باب أولى إكماله وإتمامه بالباعث و الدافع المباشر لإبرام الصلح، و بعبارة أخرى إن السبب في عقد الصلح يتكون من جملة من الدوافع و البواعث منها ما هو مباشر مشترك و يتعلق بقطع وإنهاء النزاع القائم أو المحتمل بين الطرفين ، ومنها ما هو متعلق بالمتعاقد في حد ذاته على شرط إعلامه لإضفاء مشروعية هذا السبب من أجل قيام عقد الصلح.

المطلب الثالث

مقارنة سبب عقد الصلح بين الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي

سبق و أن نوهنا بأن سبب عقد الصلح في الفقه الإسلامي يعكس ما يراه كثير من الفقهاء و الملاحظين أنه ظاهر من تعريفه الفقهي.

و بعد استعراض ذلك مع الآراء المختلفة للفقهاء و نظرياتهم في الفقه الوضعي حول سبب عقد الصلح نحاول ولو بالشيئ القليل حسب ما هو ظاهر استخلاص النتائج و المظاهر

التي تفرزها المقارنة بين الفقهين الاسلامي والوضعي و المتراوحة بين التماثل و التقارب و الإختلاف.

أولا : من حيث تطبيق النظرية التقليدية للسبب

يعتبر هذا الوجه مظهر اختلاف بين الفقهين ذلك أن النظرية التقليدية للسبب تجد لها مجالا و تطبيقا - مع الانتقادات الموجهة حول الخلط مع محل العقد في الفقه الوضعي- وهو الأمر غير المحقق لدى الفقه الإسلامي، حيث إن الصور المتعددة لعقد الصلح فيه إلى معاوضة و تبرع وإبراء يمنع من تعميم مدلول و مضمون النظرية التقليدية، ولا تجد لها إمكانية التطبيق إلا في حالة الصلح بمعنى المعاوضة.

ثانيا : من حيث مشروعية السبب

يشترط كل من الفقهين الإسلامي و الوضعي أن يكون الدافع و الباعث إلى التعاقد مشروعا و غير مخالف للنظام العام و الآداب ، ولا فرق بينهما إلا من حيث الألفاظ الدالة على المشروعية و معناها.

ثالثا: من حيث مدلول السبب

إن الصلح عند الفقه و التشريع الوضعيين من عقود المعاوضة ، بينما قد يكون في معنى المعارضة أو التبرع أو الإبراء والإسقاط في الفقه الإسلامي و تباعا لذلك فإن مدلول سبب الصلح يختلف بحسب معنى الصلح و صورته فلا توافق إذن بين الفقهين الإسلامي و الوضعي إلا من حيث مدلول سبب الصلح بمعنى المعاوضة.

رابعا: من حيث عدم كفاية الدافع المباشر للصلح

مثلما سبق ذكره فإن سبب عقد الصلح بمدلول الدافع المباشر للتعاقد و هو إنهاء النزاع ، غير كاف لدى الفقهين الإسلامي و الوضعي فكلاهما يرى عدم الاقتصار على هذا الجانب كسبب للصلح بل لابد من البحث عن الدوافع و البواعث الأخرى للمتصالحين و لو كانت خاصة بأحدهما دون الآخر.

خامسا: من حيث تكوين عناصر سبب الصلح

يعتبر هذا الوجه محل اختلاف بين الفقهين لأن الفقه الوضعي يعتبر السبب في عقد الصلح قائما على الباعث المشترك بين المتعاقدين و هو إنهاء النزاع ، بالإضافة إلى البواعث و الدوافع غير المباشرة لكل منها.

بينما الفقه الإسلامي بتمييزه بين أنواع الصلح يرى أن سبب عقد الصلح هو إنهاء النزاع مع حصول المصالح لبدل و عوض إذا كان الصلح بمعنى المعاوضة ، و هو إنهاء النزاع مع نية التبرع المشروعة إذا كان الصلح بمعنى التبرع و الإبراء.

فالفقهان الإسلامي والوضعي يختلفان حول تركيبة سبب عقد الصلح، و أرى أنها واضحة عند كلا الفقهين و لا تنافر بين تعميم صورة السبب بمدلول الفقه الوضعي على كل الأنواع التي يعرفها الفقه الإسلامي لعقد الصلح.

الفصل الثـالث

أحكــــام عقـد الصــلح

من الثابت أن الحديث عن عقد الصلح بصفة شاملة ـ ولو نسبيا ـ لا يستقيم إلا بدراسة المحاور الثلاثة الرئيسية : مفهومه وأركانه وكذا الأحكام المتعلقة به .

وعليه فان التطرق لمفهوم الصلح من خلال تعريفه وباقي الجوانب التي سبق الحديث عنها بهذا الصدد ، وكذا تناول الأركان العامة لعقد الصلح ، يكون قاصرا بدون البحث في الأحكام العملية لعقد الصلح حيث باكتمالـها يظهر الصلح بينا و متكامل المعنى.

غير أن تناولنا لجانب أحكام الصلح سيكون بالاقتصار على ما تبديه الصور العملية لـهذا العقد ، وذلك بدراسة العناصر الرئيسية الثلاثة : آثار الصلح وإثباته وانقضاؤه.

كما أن منهجية البحث تفرض دراسة أحكام الصلح في الفقهين الإسلامي والوضعي.

المبحث الاول : آثــــــار عقد الصلح .
المبحث الثاني : إثبات عقد الصلح.
المبحث الثالث : إنقـــضاء عقد الصلح .

المبحث الأول

آثـــــار عقـــد الصـــلح

لقد سبق وان تطرقنا في هذا البحث إلى تعريف عقد الصلح وشروطه وعناصره وتمييزه وذلك بدراسة مقارنة بين الفقهين الإسلامي والوضعي سيما التشريعات الحديثة بما فيها التشريع الجزائري ، وسجلنا مظاهر الاختلاف بين الفقهين في هذه الجوانب ، وبما أن لمدلول عقد الصلح وطبيعته القانونية ارتباطا بآثاره فإن هذا الارتباط يعكس كذلك وجود اختلافات بين الفقهين من حيث آثار الصلح ، وعلى ذلك فإننا سنتطرق إلى دراسة آثار الصلح في مطلبين يخصان الفقه الإسلامي والوضعي ، ونخصص مطلبا ثالثا للمقارنة بينهما مثلما تتطلبه منهجية الدراسة .

المطلب الاول : آثار عقد الصلح في الفقه الإسلامي .
المطلب الثاني : آثار عقد الصلح في الفقه الوضعي .
المطلب الثالث : مقارنة آثار الصلح بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي .

المطلب الأول

آثار الصلح في الفقه الإسلامي

للمذاهب الفقهية اختلاف في الموقف حول أنواع الصلح في الأموال - والتي تطرقنا إليها بإيجاز ولو بصفة عرضية ، وهي صلح عن إقرار وصلح عن إنكار وصلح عن سكوت .

كما سنتناول في هذا المطلب الأثر العام الذي يسري على كل أنواع الصلح ، كما أن لكل نوع من عقود الصلح أحكاما خاصة به تحظى بالعناية من حيث الدراسة في الفقه الإسلامي .

وقد سبق من تعريف عقد الصلح أن رأينا أنه يأتي لفصل النزاع بإنهائه بين الأطراف قبل حكم القضاء مهما تنوع الصلح إلى صلح عن إقرار او إنكار أو سكوت ، وعليه يمكن القول بوجود مبدإ عام وأثر واحد يسري على كل أنواع الصلح وهو إنهاء النزاع وهذا القول يستوجب تبيان مواقف المذاهب الإسلامية حول هذه الأنواع ثم شرح هذا الأثر العام للصلح .

أولا : أنواع الصلح وموقف المذاهب الفقهية الأربعة منها

إن الصلح في الفقه الإسلامي على ثلاثة أنواع : عن إقرار وعن إنكار وعن سكوت .

فالصلح عن إقرار يكون عندما يدعي شخص على آخر شيئا كعين أو دين أو حق من الحقوق فيقر المدعى عليه بذلك ثم يتصالح الطرفان على أمر ما .

والصلح عن إنكار أن ينكر المدعى عليه دعوى المدعي ثم يتصالحان على أمر ما .

والصلح عن سكوت أن يسكت المدعى عليه فلا يقر و لا ينكر صراحة الدعوى ثم يتصالحان على أمر ما .[1]

غير أن ما يثار في هذا المجال هو اختلاف المذاهب الأربعة [2] حول اعتماد هذه الأنواع ولهم فيها أقوال وآراء ، مما يتعين تبيانه وتوضيحه .

1 / مواقف المذاهب الأربعة من الصلح عن الإقرار :

أ / المذهب الحنفي :

من الملاحظ عدم الاختلاف بين أئمة وفقهاء المذهب الحنفي حول جواز الصلح عن الإقرار[3] ولم يوجد بينهم مخالف لهذا الرأي ، ولهم في ذلك دليل شرعي نقلي هو قوله تعالى (والصلح خير) [4]

فالله تعالى وصف الصلح بأنه خير من غيره كحكم القاضي فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص إلا ما خالف نصا شرعيا .

كما استدلوا بقول **الرسول** صلى الله عليه وسلم : " كل صالح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا " . وروي عن سيدنا **عمر** رضي الله عنه أنه

---

1 / الأصل في الفقه الإسلامي أنه "لا ينسب إلى ساكت قول" غير أن المالكية – كما سيأتي- على لسان الإمام عياض يرون أن حكم السكوت في مثل هذه الحالة يأخذ حكم الإقرار.

1/ نقتصر على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة لكفايتها وأهميتها لان هناك آراء للاباضية والشيعة وغيرهم .

3/ الإمام السرخسي – المبسوط – المرجع السابق – ص 139 / ابن نجيم – البحر الرائق في شرح كنز الدقاق- الجزء 07 – دار الكتب العلمية 1952 -ص 256 .

4/ الآية 128 من سورة البقرة .

قال : " ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن " . فاشارة سيدنا عمر رضي الله عنه إلى الصلح كان بصفة الإطلاق والعموم وعدم إنكار الصحابة الحاضرين لقوله يجعل من هذا الموقف إجماعا من صحابة وهو حجة قاطعة .[1]

ب/ المذهـب المالـكي :

إن تنوع الصلح إلى الأنواع الثلاثة السابق ذكرها إلى صلح عن إقرار وعن إنكار وعن سكوت يحظى باعتراف أئمة الفقه المالكي أجمعهم وفي ذلك إشارة إلى جواز الصلح عن إقرار خاصة ، إذ يصرح الإمام الدسوقي المالكي: " أن الصلح على ثلاثة أقسام : عن إقرار وسكوت أو إنكار وهو إما بيع أو إجارة أو هبة ".[2]

ويستند فقهاء المذهب المالكي بمثل الأدلة المعروفة عند المذهب الحنفي ، ولا بأس أن نورد أحد النصوص النبوية فيما جاء عن المالكية ، قال ابن وهب واخبرني سعيد بن عبد الرحمان ومالك بن أنس عن همام وعروة عن أبيه عن زينب بنت أبى سلمة عن أم سلمة رضي الله عنها أم المؤمنين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إلي فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له بنحو ما أسمع فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذ منه شيئا فإنما أقطع له قطعة من النار " يريد بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم العودة إلى التصالح ونبذ الخلاف لأن الفصل في الحكم غالبا ما يكون منافيا للحقيقة فالصلح أدعى للطمأنينة إلى صحة نهاية النزاع .

ج/ المذهـب الشافـعي :

تباعا للمذهبين الحنفي والمالكي فإن المذهب الشافعي لا يعرف فيه معارض لجواز الصلح عن الإقرار ويستدلون عليه بنفس النصوص القرآنية والنبوية المعروفة في المذهب الحنفي والتي سبق تعدادها.

يقول الإمام البرماوي : " ويجوز الصلح مع الإقرار في الأموال أي إقرار المدعى عليه بالمدعى به وإن أنكر بعده ومثله إقامة الحجة اليمين المردودة وخرج به الإنكار والسكوت فلا يصح معهما وان أقر بعدهما وليس من الإقرار صالحني عما تدعيه بكذا لأنه قد يريد به قطع الخصومة ، ولو قال هبني ما تدعيه أو بعينه أو زوجني الأمة كان إقرارا بملك عينها أو أجرني أو أعرني ما تدعيه ، فإقرار بملك المنفعة لا العين ويصدق من ادعاه على الإنكار لأنه الأصل وقوله في الأموال أي الثابتة في الذمة وإنما قال ذلك لأن الأصل في الصلح أن يكون في الأموال وأما ما يفضي إليها فهو تابع لها ولذلك لا يصح فيها بلفظ البيع كما سيأتي بخلاف الأموال فإنه يصح فيها بلفظ البيع ".[3]

د/ المذهـب الحنبـلي :

---

[1]/ الإمام الكاساني – بدائع الصنائع – المرجع السابق – ص 40 .

[2]/ الإمام الدسوقي – حاشية على شرح الكبير للدردير – الجزء 03 – دار الفكر العربي بيروت 1967- ص 309 .

[3]/ الإمام البرماوي – المرجع السابق – ص 175 .

إن المتصفح لآراء أئمة المذهب الحنبلي حول الصلح عن الإقرار يرى اجتماعهم بجوازه والأخذ به واعتماد صورته . غير أن ما تجب الإشارة إليه هو أن الصلح عن الإقرار لدى الحنابلة يكتسي طابعا لغويا آخر من جهة وطابعا عمليا من جهة أخرى .

فيمكن أن يعرف الصلح عن إقرار عندهم حين التصريح بالصلح مع الاعتراف [1] وهذا هو الطابع اللغوي المميز فلا نجد مصطلح الصلح عن إقرار في كتبهم وأقضيتهم .

أما الطابع العملي للصلح عن إقرار لدى الحنابلة- وهو محور الاهتمام - أنه يظهر في ثلاثة صور عقدية معاوضة أو إبراء أو هبة نعرضها بإيجاز.

فالصلح عن الإقرار الذي يظهر بصورة معاوضة هو أن يعترف المدعى عليه بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتصالحان على أمر آخر وهو تعويض المدعى عليه للمدعي بما يجوز تعويضه به .

والصلح عن الإقرار الذي يظهر بصورة إبراء [2] هو أن يعترف المدعى عليه بدين في ذمته فيقول :قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فاعطني ما بقي فيصح هذا ويتصالحان عليه . ويعطي الإمام احمد بن حنبل رضي الله عنه دليلا لذلك فيما روي عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تخاصم مع ابن أبى حدرد على دين كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى أسمعا **رسول الله** صلى الله عليه وسلم، فخرج إليهما ثم نادى : يا كعب . قال لبيك يا **رسول الله** فأشار إليه أن ضع الشطر من دينك . قال قد فعلت يا **رسول الله.** فقال **رسول الله** صلى الله عليه وسلم : قم فاعطه فإن قال على أن توفيني ما بقي بطل لأن ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته فكأنما عارض بعض حقه ببعض . [3]

والصلح عن الإقرار الذي يظهر بصورة عقد هبة هو أن يكون للمدعي عين في يد المدعى عليه فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويتصالحان عليه وتطبق أحكام الــهبة في حدود هبة نصف العين ويكون حكم الصلح فيما تصالحا عليه.

2/ مواقف المذاهب الفقهية الأربعة حول الصلح عن الإنكار وعن السكوت :*

/[1] الإمام المقدسي – الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل رضي ا عنه – الجزء **02** – المكتب الإسلامي ببيروت سنة **1988** - ص **204، 205** .

/[2] سبق وأن رأينا أن الصلح يختلف عن الإبراء ولكن الفقهاء يعتمدون ذلك لأنهم يرون أن الإبراء هو محل من جانب أحد المتعاقدين لعقد الصلح .

/[3] يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص **461** .

/* من الظاهر أننا أفردنا للصلح عن الإقرار دراسة خاصة ثم جمعنا الصلح عن الإنكار مع الصلح عـن الـسكوت، وسبب ذلك هو اشتراك هذين الأخيرين في الحكم الشرعي ولتطابقهما في الأثر الذي ينتجانه ، كما أن هذا التوزيع هـو المتداول بين الفقهاء في تناولهم لعقد الصلح.

إذا علمنا مما سبق أن جمهور فقهاء الفقه الإسلامي عبر المذاهب الأربعة يعترفون ويجيزون الصلح عن الإقرار ، وأن لهم من مصادر التشريع الإسلامي أدلة على الأخذ به ، فإن الحال يختلف عندهم بالنسبة للصلح عن الإنكار والصلح عن السكوت ، فهم يفترقون مجتهدين بين مؤيد ومعارض لاعتماد الصلح عن الإنكار وعن السكوت .

أ/ المؤيدون لجواز الصلح عن الإنكار وعن السكوت:

وهؤلاء هم أصحاب المذهب الحنفي والمذهب المالكي والمذهب الحنبلي [1] ولهم أدلة شرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والإجماع .

فاستدلوا بقول **الله** تعالى (والصلح خير)[2] إستنادا إلى عموم خيرية الصلح بجميع أنواعه فعدم ورود نص خاص يمنع الأخذ بالصلح عن الإنكار وعن السكوت يفتح السبيل لاعتمادهما على وجه الآية الكريمة.

وقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[3] واعتبروا الصلح عن الإنكار وعن السكوت من قبيل التجارة عن التراضي بين الأطراف .[4]

كما احتجوا بقول سيدنا **رسول الله** صلى الله عليه وسلم :" الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا " فالحديث عام في أنواع الصلح كلها.

وأتم مظهر لأصحاب هذا الرأي في اعتمادهم للصلح عن الإنكار وعن السكوت في الكتب الفقهية هو ما جاء عن الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه إذ يقول : " أجوز ما يكون الصلح عن الإنكار "[5] ذلك أن النزاع بين الأفراد إذا وقع عليه الإقرار إستوفى المدعي حقه فلا حاجة إلى الصلح وإنما الحاجة إليه عند الإنكار أظهر لأن مع الإقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذي له ثمرة ومقصود وفائدة هو أدعى إلى جواز الأخذ به.

---

[1]/ يشاركهم فيه مذهب الشيعة والإمامية ولكن سبق تعليل الإقتصار على المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة .

[2]/ الآية **128** من سورة البقرة .

[3]/ الآية **29** من سورة النساء .

[4]/ الإمام ابن حزم – المحلى – الجزء **08** – المطبعة التجارية بمكة المكرمة **1403** هـ - ص **162** .

[5]/ هناك من اعترض على مقولة الإمام أبي حنيفة رضي ا عنه حيث ورد في المبسوط للإمام السرخسي – الجزء **20** ص **143** ، أن الشيخ أبا منصور المارتيدي رحمه ا قال " لم يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء بين المسلمين مثل ما عمل في إبطال الصلح على الإنكار لما في ذلك من امتداد النزاعات بين الناس " ويرى الإمام السرخسي "لسنا نأخذ بهذا فمن أبطل ذلك – أي الصلح عن الإنكار- إنما أبطله احتياطا للتحرز عن الحرام والرشوة والأعمال بالنيات وانما نقول كما يقول الإمام أبو حنيفة رحمه ا : أجوز ما يكون الصلح عن إنكار".

ب/ المعارضون للصلح عن الإنكار وعن السكوت :

خرج عن المجيزين للصلح عن الإنكار وعن السكوت جملة من الفقهاء هم أصحاب المذهب الشافعي [1] ولـهم في رأيهم بعدم إجازته أدلة شرعية نقلية وعقلية.

بدأ هذا الرأي على يد الإمام الشافعي رضي الله عنه وتبعه فقهاء المذهب أجمعهم ويستدل بقوله تعالى :
(يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض بينكم)
وعلى عكس ما اعتبره المجوزون في وقوع الصلح عن الإنكار تحت طائلة الاستثناء ـ التجارة عن التراضي بين الأطراف ـ فإن الشافعية يرون أن الصلح عن الإنكار هو من جملة أكل أموال الناس بالباطل على أساس أن المدعى عليه إذا أنكر الدعوى فإن الأمر المدعى به لا يثبت للمدعي ومن ثم فإن وقوع صلح مع إنكار المدعى عليه يكون موضوعه نيل المدعي لما ادعاه لا يجد له تفسيرا آخر غير أنه كسب دعواه بالرشوة وهو أكل لأموال الناس بالباطل ، وعليه فإن ما بني على حرام يعتبر غير جائز . [2]

من حديث **الرسول** صلى الله عليه وسلم (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا) فقد سبق في رأي المجيزين للصلح عن الإنكار أنه داخل في عموم الصلح الجائز بين المسلمين ، غير أن الشافعية يعتبرون أنه داخل في الاستثناء أي أنه يحرم الحلال ويحل الحرام من حيث أنه ماكان محرما على أحد الطرفين الذي يأخذ المتفق عليه بالصلح يكون حلالا على من يدفعه وهذا في الأصل ، فعند وقوع الصلح مع إنكار المدعى عليه للدعوى يتبادل الطرفان الآخذ والدافع مراكزهما من حيث ما اتفقا عليه فما كان محرما على الآخذ يحل وما كان حلالا للدافع يحرم عليه ، ومن هنا فإن هذا التصرف بهذا التصور وهذه الكيفية يجعل من الصلح عن الإنكار تحت طائلة الاستثناء الذي نهى عنه وحرمه **رسول الله** صلى الله عليه وسلم.
كما أن الشافعية يستدلون في رأيهم هذا بأن الصلح عن الإنكار قد يقع على عوض من المال يأخذه المدعي وهذا أمر غير جائز لأنه لم يراع للمدعى عليه بعد إنكاره مصلحة حين القضاء للمدعي بالمال رغم إنكار المدعى عليه وليس هناك سبيل لنيل المدعي لدعواه رغم هذا الإنكار إلا الرشوة المحرمة وما بني على باطل فهو باطل.

غير انه ورد عن الإمام الشافعي رحمه الله [3] : عن الإمام ابن أبي ليلى أنه يجوز الصلح عن السكوت لأن سكوت المدعى عليه لا يتصور معه وجود عوض من المال فأمكن بذلك وقوع صلح باستحقاق المدعي لدعواه.[4]

ج/ رأينا الخاص في هـذه المسـألة:

---

[1] / يشاركهم فيه مذهب الظاهرية .

[2] / الامام الشافعي- كتاب الأم – دار المعرفة بيروت **1393** هـ الجزء **03** ص **197،196** – الجزء **07** – ص **102** .

[3] / الإمام الشافعي – المرجع السابق – ص **140** .

[4] / **أقـول :** من الملاحظ أن الإمام ابن أبي ليلى من أنصار المبدأ الذي مفاده أنه "لا ينسب لساكت قول" ولم أعثر على تبرير لمثل هذا الموقف في الصلح عن السكوت إلا أن يكون استثناء لم يقع تبيانه وا أعلم.

بعد استعراض غالبية الفقهاء في جواز الصلح عن الإنكار وكذا رأي الشافعية ومن تبعهم في عدم جوازه مع الاعتراض على هذا الأخير، أريد أن أثير نقطة أرى أنها جوهر الاختلاف بين الرأيين :

إن المعارضين للصلح عن الإنكار استدلوا لهذا الموقف بأنه من قبيل أكل أموال الناس بالباطل الوارد في الآية الكريمة ، وذلك - كما سبق ذكره - إلى إثبات حق المدعي بدعواه رغم إنكار المدعى عليه، وهذا القول هو بيت القصيد ، إذ أن من الثابت بيان الفرق الموجود بين موضوع الدعوى وموضوع الصلح ، فإذا كان موضوع الدعوى هو إثبات المدعي لحق يدعيه فإن موضوع الصلح هو- حسب تعريف الصلح نظريا وعمليا - التنازل المتبادل عن جملة من الحقوق ، فليس من الضروري أن يكون ما تنازل عنه المدعى عليه هو عين ما ادعى به المدعي في الدعوى ، ففساد هذا الوجه يؤدي إلى عدم صحة القول بمنع الآخذ بالصلح عن الإنكار، بل إن الأمر يستدعي جوازه وعدم الاعتراض عليه هذا من جهة .

ومن جهة أخرى فإن الصلح عقد يقوم على التراضي بين المتصالحين ، التراضي الذي يفترض فيه تمام شروط صحته بسلامة الرضا إلى حين الإدعاء بعكس ذلك ، وعلى ذلك فإن الصلح عن الإنكار- وكذا عن السكوت - هو عقد رضائي بصورة تنفي وجود أكل مال المدعى عليه بالباطل، مما يجعل هذا الوجه غير سديد ويتعين معه تقرير جواز الصلح عن الإنكار.

كما أرى أن وجه الاستدلال بالحديث الشريف من أن الصلح عن الإنكار يحل حراما ويحرم حلالا غير صائب - والله اعلم - لأن قطع النزاع وانهائه بواسطة التصالح بين المتخاصمين وكما يقول الله تعالى (والصلح خير)، هو أمر لا ينافي الشرع في المقاصد بل يتوافق معه في عدم تحريم الحلال وحلية الحرام، وكفى بمحل وسبب الصلح تعليلا وتبريرا لجواز الصلح عن الإنكار زيادة على عموم حديث **رسول الله** صلى الله عليه وسلم المستدل به .[1]

ثانيا : الأثر العــام لعقد الصـلح

1/ المقصود بالأثر العام للصلح :

إن المقصود بأثر عقد الصلح هو الأثر الأصلي المترتب على العقد شرعا ، وبعبارة أخرى هو وصف العقد من ناحية نتيجته وتنفيذ أحكامه .

والأثر العام لعقد الصلح هو الحكم الشرعي المترتب على عقد الصلح أيا كان نوعه من الأنواع الثلاثة السابق ذكرها وهذا الأثر الشرعي هو قطع المنازعة بين طرفي الخصومة وسقوط دعوى المدعي فلا يستطيع تجديد الدعوى بشأن موضوعها وذلك متى وقع الصلح مستوفيا لشروطه وعناصره.

---

[1] / **أقـول** : وأضيف الى ذلك ملاحظا أنه كان على المشرع الجزائري اتباع المذهب المالكي السائد في الجزائر والذي يجيز الصلح عن الإنكار وهذا ظاهر من عموم تعريف الصلح وعموم أحكامه مما يستدعي القول باعتماد كل أنواع الصلح المعروفة في الفقه الإسلامي محل الدراسة – كما سيأتي إثارته في باب المقارنة مع الفقه الوضعي -.

ويرى الإمام الكاساني " أن أصل الحكم الشرعي هو انقطاع الخصومة والمنازعة بين المتداعيين حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم جنس الصلح ". [1]

2/ النتائج المترتبة على الأثر العام للصلح:

إن الأثر الشرعي لعقد الصلح على وجه العموم يقود إلى نتيجتين بارزتين :

النتيجة الأولى : إذا تم الصلح بين المدعي والمدعى عليه على أن يعطي المدعى عليه للمدعي بدلا معينا ، فان المدعي يملك المصالح عليه وهو بدل الصلح ، وبالنسبة للمدعى عليه يجب التمييز بين أمرين:

إذا كان موضوع الدعوى يحتمل التمليك كحق ملكية عقار فإن المدعى عليه يتملك المصالح عنه وهو موضوع الدعوى ، وإن كان لا يحتمل التمليك كحق ممارسة جزاء شرعي فإن المدعى عليه تبرأ ذمته منه.

ولنضرب لذلك مثلين : إذا كان موضوع الدعوى ملكية عقار في يد المدعى عليه ثم اصطلحا على بدل معين من المال يدفعه المدعى عليه للمدعي فإن المدعي يتنازل عن دعواه ويملك بدل الصلح وهو مبلغ المال ، ويتملك المدعى عليه العقار . أما إذا كان موضوع الدعوى هو مطالبة المدعي بحق القصاص على المدعى عليه ثم اصطلحا على أن يدفع المدعى عليه للمدعي مبلغا من المال فإن المدعي يتنازل عن دعواه ويتملك مبلغ المال والمدعى عليه لا يتملك شيئا وإنما تبرأ ذمته من القصاص فقط .

وعلى العموم فإن المدعي يتملك دائما بدل الصلح والمدعى عليه يتملك موضوع الدعوى أو يبرأ منه.

النتيجة الثانية : من خلال معرفة المقصود من الأثر العام للصلح نخلص إلى نتيجة أخرى وهي سقوط دعوى المدعي تجاه المدعى عليه فلا يستطيع تجديد الدعوى مرة ثانية بما تم التصالح عنه، لأن الصلح إذا كان مستوفيا لشروطه وأركانه فإنه ينهي النزاع ويقطع السبيل للرجوع إليه ، وعليه فان المدعي حتى ولو تحصل على أدلة لإثبات دعواه بعد إبرام الصلح فإنه لا يلتفت إليه وحتى ولو وقع صلح عن إنكار ثم أقر المدعى عليه بالدعوى فلا إثر لهذا الإقرار ، وهذا هو مدلول أحد خصائص الصلح في الفقه الإسلامي وهو اللزوم الذي [2] معناه عدم انفراد أحد المتصالحين بنقض الصلح لوحده.

وهذه النتيجة بعدم العودة إلى الدعوى بعد إبرام الصلح هو محل التماثل مع حكم القاضي الذي يقطع النظر من جديد في الدعوى المعروضة عليه وهو ما يعرف بسبق الفصل في الدعوى.

المطلب الثاني

آثار الصلح في الفقه الوضعي

[1] / الكاساني – بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – المرجع السابق – ص 53 .

[2] / راجع الصفحة 61 من هذا البحث.

سبق الحديث عن تقارب الصلح مع بعض العقود تشابها واختلافا، وكان الأمر الذي يميزه عن هذه التصرفات هو حسم الصلح وإنهاؤه للنزاع بين الأطراف وهذه النتيجة التي يتميز بها الصلح ترتب جملة من الحقوق والالتزامات يتضمنها الصلح أو تكون خارجة عنه.

وعليه فإن الأثر الجوهري لعقد الصلح يتمثل في إنهائه للنزاع بين الطرفين الذين كانا متخاصمين بنزاع قائم أو يتقاربان بنزاع محتمل بينهما ، وهذا الإنهاء للنزاع يستتبع عدم إمكانية تجديده ، وهو الوجه الذي يتقارب فيه مع حكم القضاء ، لكن ما يجب تبيانه تجاه هذا الأثر هو تراوح القول بين نقل وكشف الصلح للحقوق والالتزامات الواردة فيه عند الفقهاء والموقف الذي يكاد يكون موحدا بين التشريعات حول هذه المسألة .

أولا : إنهاء الصلح للنزاع بين الطرفين

إنطلاقا من الأثر الرئيسي للصلح وهو إنهاء النزاع بين المتخاصمين فإن هذا الأمر يقتضي تبيان مدلول إنهاء وقطع النزاع بطريق الصلح ومدى تقارب ذلك مع حكم القاضي من هذه الزاوية ، كما أن تميز الصلح بهذا الأثر يقود إلى تميزه بنتائج هذا الأثر التي تستوجب الحديث عنها وتوضيحها.

1 / مفهوم إنهاء النزاع بين الطرفين :

لا بد في هذا الصدد ـ وفي سياق الحديث عن الفقه الوضعي والتشريعات الوضعية - من تقديم مدلول إنهاء النزاع بدءا من المشرع الجزائري ، إذ تنص المادة **462** من القانون المدني الجزائري على مايلي :

" ينـهي الصلح النزاعات التي يتناولــها.

ويترتب عليه إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية ".

يتبــين من هذا النص القانوني أن توجه إرادتي المتخاصمين إلى إبرام صلح بينهما يقود إلى قطع النزاع الذي قام بينهما أو يكون محتمل الوقوع في المستقبل ، وبعبارة أخرى فإن هذا النزاع يصير منعدما ، وهذا الانعدام ينتج عنه سقوط الادعاءات والحقوق موضوع الدعوى بحيث يتخلى عنها المتعاقدان نهائيا فلا يجوز الرجوع فيها بعد إبرامهما لعقد الصلح ، وتصير إرادتيهما متوجهة فقط إلى ما وصلا إليه من اتفاق بموجب الصلح ، وعلى ذلك وانطلاقا من أن الصلح ملزم لجانبين فهو شريعة المتصالحين لا يجوز لأحدهما التحلل مما وجب عليه بالصلح .

ومما يستوجب التطرق إليه لأهميته وبيانه هو أن الصلح بقطعه للنزاع وعدم العودة إليه مجددا فإن هذا الوجه للصلح يقاربه من الحكم القضائي من عدة وجوه ، ولكنهما يفترقان ولكل منهما طبيعته ومدلوله من وجوه أخرى .

ويمكن تلخيص التقارب والتشابه بين الصلح والحكم القضائي في المظاهر الآتية :

* إن كلا من الصلح والحكم القضائي ينهي النزاع ولا يمكن بذلك العودة إليه .

* يمكن لكلا المتصالحين أن يتمسكا بالصلح لعدم العودة إلى النزاع ، كما يمكن لكل من المتقاضين التمسك بحجية الشيء المقضي به أو بسبق الفصل عند تجديد نفس الدعوى .

* إن كلا منهما لا يمكن الطعن فيه بسبب غلط في القانون -كما سيأتي بيانه -.
* كما سيظهر لاحقا في الطبيعة القانونية للصلح فإن هذا الأخير يشترك مع حكم القاضي في أن كلا منهما كاشف للحق أو مقرر له .

إن هذا التشابه بين الصلح و أحكام القضاء ذا صدى فقهي وتشريعي في فرنسا بحيث يرى الفقيه **TROPLONG** مقربا بين النظامين " أن الصلح يعتبر بمثابة حكم صادر بين الطرفين ". [1] وهو الموقف الذي لم يقبله كثير من الفقهاء الفرنسيين الذين فرقوا بين الأمرين . [2]

ونلمس تأثير هذا التقارب في التشريع الفرنسي إذ تنص المادة **2052 /1** من القانون المدني الفرنسي :

" الصلح فيما بين الطرفين له قوة الأمر المقضي فيه "

“ Les transactions ont entre Les parties l autorite de la chose jugee en dernier ressort “

غير أن هذا التشابه لا يفيد على الإطلاق التماثل بين الأمرين فالصلح يختلف بكثير ومن عدة وجوه عن حكم القضاء ومن بينها ما يلي :

* الحكم القضائي لا يفصل إلا في نزاع قائم ، بينما قد يتناول الصلح نزاعا محتملا
* الصلح عقد بإرادتين متطابقتين ، بينما الحكم القضائي هو قرار بإرادة القاضي وحده .
* يمكن أن يتجزأ حكم القاضي للطعن فيه بوجه قانوني أو لتعديله أو غير ذلك ، بينما لا يجوز تجزئة الصلح حسب المادة **466 /1** من القانون المدني الجزائري ، باستثناء تجزئته بإرادة المتصالحين .
* يكون الحكم قابلا للتنفيذ باستخراج صيغة تنفيذية له ، بينما لا يمكن أن تضفى الصيغة التنفيذية على محضر الصلح بل على الحكم الذي يقرره ويقضي به .
* إن تفسير الأحكام القضائية يخضع لطرق موسعة خاصة محددة في قانون الإجراءات المدنية بينما يجب أن تفسر عبارات الصلح تفسيرا ضيقا -كما سيأتي بيانه -. [3]

- لا يجوز الطعن في الصلح إلا من حيث وجود عيب في الإرادة باستثناء الغلط في القانون ، بينما طرق الطعن في الحكم مقررة في قانون الإجراءات المدنية . [4]

<u>وفي هذا الصدد أردت تسجيل بعض الملاحظات المتراوحة بين التأييد والمعارضة حول هذا النص القانوني :</u>

أ / بما أن المادة **459** من القانون المدني الجزائري قد تناولت إنهاء الصلح للنزاعات التي يتدخل من أجلها، فما فائدة الفقرة الأولى من المادة **462** منه ؟ فهي تفيد تكرارا من ناحيتي اللفظ والمعنى لا تغيب عن المتأمل البسيط ، وكان من المفروض الاكتفاء بالفقرة الثانية

---

[1] / – TROPGONG - المرجع السابق – ص **647** .

[2] / منهم LAURENT - المرجع السابق – ص **375** ، **377** .

[3] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **05** – المرجع السابق -ص **576** .

[4] / عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص **575** ،**576** / محمد كامل مرسي – العقود المسماة – منشأة المعارف المصرية الطبعة الأولى **1972**- ص **370** .

بصيغة الإلحاق بتعريف الصلح في المادة **459** ، والتذرع بدافع التبويب غير سديد ومردود على المشرع الجزائري وسائر التشريعات التي جاءت بنفس الصياغة.

ب / يلاحظ بصورة ايجابية تمسك المشرع الجزائري في المادة **462** بنفس المصطلحات الواردة في المادة **459** كالإنهاء والطرفين ، ولكن قد سبق الحديث أثناء التطرق لتعريف المشرع الجزائري للصلح عن دعوة إعادة النظر في مصطلح الإنهاء مع تقرير مصطلح الطرفان .

ج / زيادة على نقص مصطلح الإنهاء وبلاغة مصطلح الحسم الوارد في التشريع المصري فإن هذا التفوق يظهر كذلك في المادة **462** الموازية للمادة **553** من القانون المدني المصري ففي هذا الأخير أتى بمصطلح ينحسم ، وفي ذلك يقول الدكتور **محسن الشربيني** في ملاحظاته التي أبداها إزاء المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري " ... وصياغة حسم الصلح للنزاعات بهذه الكيفية بدءا بالحسم وتلقائيته فيها إشارة إلى أن أثر الصلح بقطع النزاع يكون مباشرا بل قد يكون بمجرد نية الطرفين بتجسيده ..." . وعليه نقترح استعمال مصطلح " تنتهي بالصلح ... " (ولو أننا نفضل مصطلح الحسم) لتبيان أن الصلح كاشف للانتهاء لا ناقل للحقوق .

د / يلاحظ بمقارنة المشرع الجزائري بالمصري في هذا السياق أن المشرع المصري استعمل مصطلح " انقضاء الحقوق" والمشرع الجزائري استعمل مصطلح " إسقاط " ، وفي هذا هو جد موفق لأن الانقضاء قد يكون بطرق أخرى غير إنهاء النزاع بالصلح ، بينما الإسقاط لم يرد في التشريع الجزائري إلا في حالة ترك الحقوق والادعاءات.

2 / آثار إنهاء الصلح للنزاع :

استنادا إلى تعريف عقد الصلح في المادة **459** من القانون المدني الجزائري ورجوعا للمادة **462** منه خصوصا فإن القول بإنهاء الصلح للنزاعات التي تناولها يرتب نتيجتين مباشرتين لإبرام الصلح يقوم أحدهما بدلا للآخر وهما : إسقاط الحقوق والادعاءات المتنازع عليها ثم تمكين كل من المتصالحين للمتعاقد معه بما رتبه عقد الصلح في ذمتهما

أ – <u>النتيجة الأولى</u> : إسقاط الحقوق والادعاءات محل النزاع.

ظاهر بصراحة منن المادة **462** من القانون المدني الجزائري أن الصلح بإنهائه للنزاع القائم أو المحتمل بين الأطراف فان ذلك يرتب إسقاط كل متصالح للحقوق والادعاءات التي كانت محلا للنزاع ، وذلك بالتخلي عنها وتركها ، بحيث تنقضي نهائيا على وجه عدم الاستمرار ، وبعبارة أخرى فإن هذه الحقوق التي يسقطها الصلح لا يمكن الادعاء بها من جديد . ولنضرب لذلك مثلا :

فإذا ادعى (أ) ملكيته لسيارة في يد (ب) ثم تصالحا على أن يتنازل (أ) عن طلب السيارة لصالح (ب) على أن يمكنه هذا الأخير من مبلغ **200** ألف دينار، فإن الصلح الواقع بينهما يسقط مباشرة الادعاء بالسيارة ، بحيث لا يمكن أن يعيد (أ) الادعاء مرة أخرى بملكيته السيارة وعليه من الناحية الإجرائية فان (أ) إذا أقام دعوى من جديد يطالب فيها بما أنهاه الصلح فإن (ب) يمكنه التمسك بالصلح لعدم قبول الدعوى متى كان هذا الدفع قائما أمام قضاة الموضوع ، وما دام غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام المحكمة العليا .

ويستثنى من هذا الموقف بعدم الادعاء ضد الصلح ، اللجوء إلى القضاء بدعوى إبطاله أو بطلانه وفقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني كدعوى الإبطال لوجود عيب من عيوب الإرادة أو دعوى البطلان لعدم مشروعية محل الصلح .

ب/ <u>النتيجة الثانية</u> : تمكين كل متصالح للآخر من موضوع الصلح .

إن إسقاط الصلح للحقوق والادعاءات المتنازع عليها يستوجب وضع البديل لهذه الحقوق وهذا ما يوفره الصلح للمتعاقدين ، إذ أن نزول كل متعاقد للآخر عن جزء من حقوقه وادعاءاته يستلزم بالضرورة أن يتمكن كل متصالح مما تنازل عنه المتعاقد الآخر، أي تصير الحقوق الناشئة عن الصلح ثابتة للمتعاقدين .

ومن المثال السابق في الأثر الاول فإن تنازل (أ) عن الادعاء بملكية السيارة يستلزم تثبيت ملكيتها لصالح (ب) وفي المقابل تثبيت ملكية (أ) لمبلغ **200** ألف دينار المتصالح عليها بمقتضى عقد الصلح بينهما ، ومنه لا يستطيع أحدهما أن ينازع الآخر في ما ثبت لديه من ملكيته .

وبالنسبة لتثبيت المتصالحين لبعضهما الحقوق الناشئة عن الصلح المبرم بينهما ، فإن النظرة التأملية في النصوص التشريعية الخاصة بالصلح في القانون المدني الجزائري تدعو إلى الملاحظة بوضوح تطرق المشرع للأثر الأول بإسقاط الحقوق المتنازع عليها بصفة صريحة وواضحة ، غير أن الأثر الثاني وهو تثبيت حقوق الصلح للمتعاقدين لا يظهر صراحة بل هي ضمنية تستنتج من جملة هذه النصوص فقط .

2/ نطاق تحقق أثر الصلح في إنهاء النزاع :

إن نزول كل من المتعاقدين بالصلح عن ادعاءاتهما أو جزء منها وكذا تثبيتهما لبعضهما البعض ما تم التنازل عنه من حقوق يكون بالجملة إنهاءا للنزاع نهائيا بحيث ينقطع وينحسم كليا .

لكن هذا الإنهاء للنزاع موقوف على جملة من الحدود والضوابط .

بحيث يشترط للدفع بالصلح وبمضمونه ما يعرف باتحاد الأشخاص واتحاد المحل و اتحاد السبب .

فاتحاد الأشخاص : في الصلح يعني انه لا يستفيد منه ولا يضار منه غير المتعاقدين فيه وهذه النسبية هي في كل العقود إذ تنص المادة **113** من القانون المدني الجزائري :

"لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا " .

وعلى ذلك فإن الصلح الذي يتم بين المصاب والمسؤول لا يحتج به على ورثة المصاب في حالة وفاته فيما يتعلق بالتعويض المستحق لهم بسبب الوفاة .

واتحاد المحل : مفاده أنه لا يمكن التمسك بالصلح في نزاع معين إلا بشرط كون هذا النزاع سبق إنهاؤه بالصلح، وبعبارة أخرى فإن الأثر المنهي للصلح يقتصر على النزاع الذي كان محلا للعقد ولا يمتد إلى نزاع آخر لم يشمله عقد الصلح .

وعليه فإن الصلح في دعوى الحيازة لا يؤثر في دعوى الملكية ويجوز لمن تنازل عن الحيازة لخصمه بالصلح أن يدعي ملكيته لذات العقار لاختلاف المحل في كل من الدعويين .

واتحاد السبب: لا يغني عنه اتحاد الأشخاص واتحاد المحل ،ومفاده أنه إذا ثار نزاع جديد بين طرفي عقد الصلح متعلقا بذات محل الصلح ولكن كان سببه مختلفا عن سبب النزاع الذي أنهاه الصلح فلا وجه للدفع بالصلح الحاسم للنزاع الأول .

وعليه إذا تنازع شخصان على ملكية أرض وادعى أحدهما أنه قد آلت إليه ملكيتها بالميراث ثم تصالحا وتنازل عن الإدعاء بملكية الأرض عن طريق الميراث فلا يمنعه هذا الصلح من أن يدعي ملكية هذه الأرض مرة ثانية بناء على سبب آخر كالشراء أو التقادم .

ثانيا : الطبيعة القانونية لعقد الصلح

يتبين مما سبق أن أثر الصلح المباشر هو إنهاؤه للنزاعات القائمة أو المحتملة بين الطرفين ومن ثم يستبدلها بحقوق يتصالح عليها المتعاقدان .

غير أن من الأمور والمسائل التي تفرض نفسها للمناقشة والمعالجة في مجال الصلح والتي أولاها المشرع الجزائري بالعناية والتوضيح، هي مسألة طبيعة عقد الصلح أي طبيعة العمل الذي يرتبه بين الأطراف تجاه الحقوق التي أنهاها، وبعبارة أوضح وأدق البحث عما إذا كان الصلح كاشفا للحقوق المتنازع عليها أم هو ناقل لها.

ويعود أصل هذه المسألة الموصوفة بالاختلاف في الرأي إلى عدم تحديد القانون المدني الفرنسي لطبيعة عقد الصلح ، إنجر عنه تباين في الرأي بين الفقهاء في فرنسا وانقسموا موضوعيا وتاريخيا إلى من يصف أثر الصلح بالناقل لتلك الحقوق وإلى من يصفه بالكاشف لها ، وهذا الرأي الأخير يعتبر - كما سيأتي- أكثر وضوحا وتقاربا مع مفهوم الصلح وأركانه مما جعله يكون مأخوذا به في الفقه المقارن عموما ومعتمدا لدى التشريعات كما هي الحال بالنسبة للتشريع الجزائري، مما يستدعي التطرق إلى العناصر الثلاثة الآتية :

نظرية الأثر الكاشف للصلح ، نظرية الأثر الناقل له ، موقف المشرع الجزائري من النظريتين.

1 / نظرية الأثـر الكاشف لعقد الصلح :

مفاد هذا الاتجاه من الرأي أن لعقد الصلح أثرا مميزا تجاه الحقوق المتنازع عنها أو بالأحرى المتصالح عنها وهو أنه كاشف لها، ومعنى ذلك أن ما اعترف به أحد المتصالحين للآخر كان حقا ثابتا قبل الصلح وعليه يمكن القول حسب هذا الاتجاه أن الحق المتنازع حوله موجود بوجود السبب الذي أنشأه أو نقله إلى ذمته وليس موجودا بالصلح الذي أنهاه .

ولنضرب لذلك مثلا : إذا تخاصم شخصان على ما خلفه مورثهما ثم تصالحا على اقتسامه بطريقة معينة، فان كلا منهما يعتبر مالكا لما حصل عليه من وقت موت مورثهما وليس بوقوع الصلح ، ومن هنا يظهر أن حق الملكية للجزء من التركة ثابت بموت المورث أي بالميراث وليس بالاقتسام المتفق عليه بموجب الصلح ، فيقع الصلح بما يرتبه كاشفا لحقوقهما لا منشئا لها.

والحديث عن كشف الصلح للحقوق عرف تطورا وتراوحا بين الفقهاء قديما وحديثا ، وعلى ذلك سنعرض النظريات التي تناولت تبرير الأثر الكاشف لعقد الصلح وتقييمها والتي انتهت بمجموعة من النتائج حول هذا الأثر.

أ / النظرية التقليدية للأثر الكاشف ونقدها:

أ - 1 محتوى النظرية التقليدية:

إن مرجع هذه النظرية يعود إلى اعتبارات عديدة منها الأساس التاريخي المتمثل في بعض نصوص القانون الروماني التي تقرر الأثر الكاشف للصلح ، وكذا إلى نصوص القانون المدني الفرنسي وبالضبط للمادة **1/2052** منه التي تجعل من عقد الصلح حائزا لحجية الأمر المقضي للحكم النهائي .[1]

ويعلل أصحاب هذه النظرية في اعتبار الصلح ذا أثر كاشف للحقوق المتنازع عليها على وجه الاعتراف أو الإقرار من أحد المتصالحين للآخر بما تصالحا عنه أي بالحقوق التي كانت محل نزاع، ومدلول الإقرار يفيد الإخبار بالحقوق لا إنشاءها وعليه يعتبر الصلح بهذا الإقرار كاشفا للحقوق لا منشئا لها.

ولقيت هذه النظرية اعتراضا شديدا في الفقه من حيث أن الإقرار لا يعتبر صورة لكل عقود الصلح وليس بهدف للمتعاقدين، لأن قصد كل واحد منهما هو إنهاء الخصومة حول النزاع القائم والمحتمل بينهما ولهذا فهما يتنازلان بالتبادل بينهما عن الحقوق والادعاءات، غير أن أصحاب النظرية التقليدية المؤسسة على الإقرار بالحقوق وتفاديا لما نسب إليهم من تقصير صرحوا لتبرير نظريتهم بأن هذا الإقرار ليس حقيقيا وإنما هو تحايل قانوني لوضع حد للخصومة التي أنهاها الصلح بصفة نهائية وهذا التحايل يكون مصدره إما القانون أو إرادة المتصالحين.[2]

أ - 2 نقد النظرية التقليدية:

من قراءة مدلول النظرية التقليدية لتعليل الأثر الكاشف لعقد الصلح يظهر قصورها ونقصها وعدم إلمامها بجميع أنواع الصلح ويمكن أن نلمس هذا القصور خاصة في التبرير الذي وضعه أصحابها والمتمثل في فكرة التحايل القانوني ، وعدم صحة الأساس القانوني الذي تستند إليه النظرية، فقد سبق الحديث عن أحد أسسها وهو نص المادة **1/2052** من القانون المدني الفرنسي التي تضفي على الصلح حجية الأمر المقضي فيه ، ولكن ثبوت تميز الصلح عن الحكم من عدة وجوه ـ سبق الحديث عنها [3] - واختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما يجعل من قياس الصلح على الحكم في الكشف عن الحقوق غير سليم وعديم التأسيس القانوني .

ثم إن نسبية التحايل القانوني لإرادة الطرفين حديث ظاهر الخطأ فلا يمكن أن يتصور وصف إرادتين متصالحتين متطابقتين لإنهاء نزاع بينهما، بالاتفاق على التحايل ولو

---

[1] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص **641** ، **644** .

[2] / بواييه – **BOYER** - المرجع السابق – ص **267** ، **268** .

[3] / راجع الصفحة **128** من هذا البحث .

وصف بالقانوني لما في ذلك من بعد الاستفادة الحقيقية من الحقوق التي تنشأ عن الصلح.

وزيادة على ذلك فإن النظرية التقليدية مخالفة للأخلاق من جهتين : من حيث أخذ المتعاقد لمقابل من الصلح مع اعترافه للمتعاقد الآخر بحقه، وبعبارة أخرى فإن تأسيس الصلح على الاعتراف يقود إلى إمكانية رفع دعاوى ظاهرها النصب والاحتيال للتنازل عن الدعوى عند الحصول على مقابل الاعتراف بموضوع النزاع هذا من جهة ، ومن جهة أخري فإن التحايل ولو كان موصوفا بالقانوني فإنه لا يجد له تبريرا ضمن الأعمال الأخلاقية.

ومن ابرز ما انتقده " شيفالييه " ضد هذه النظرية التقليدية هو أن العقد إنما يتسم بصفة أساسية وهي التغيير في الحقوق السابقة Modifier un état de droit antérieur وهذه السمة تتعارض مع طبيعة الأثر الكاشف لأن الاعتراف لا يغير من المراكز القانونية لا في المستقبل الذي يتسم بنتائج سليمة لعدم التعديل في المراكز للخصوم، ولا في الماضي الذي سيعرف عند عدم الاعتراف بإنهاء هذه الحقوق بأثر رجعي.[1]

لقد أثبت مضمون النظرية التقليدية إزاء نقدها عدم جديتها في تبرير الأثر الكاشف لعقد الصلح، والالتجاء إلى فكرة التحايل القانوني هو بمثابة اعتراف بالعجز عن اكتشاف الصياغة القانونية الملائمة للأثر الكاشف للحقوق التي أنشأها عقد الصلح، ومادام النقص يحتاج إلى إكمال وتعديل فقد وجدت النظرية الحديثة التي نتناولها فيما يأتي.

ب / النظرية الحديثة للأثر الكاشف ونقدها:

ب - 1. محتوى النظرية الحديثة :

على غرار النظريات الفقهية التي يقوم بعضها على أنقاض بعض، فإن النظرية الحديثة لتبرير الأثر الكاشف قامت على السلبيات التي ميزت النظرية التقليدية.

حيث يرى الفقيه " بوابيه " - وهو واضع وصائغ هذه النظرية الحديثة - أن فكرة الإقرار أو الاعتراف التي اعتنقتها النظرية التقليدية تؤدي بطبيعة الحال إلى نتيجتين :

الأولى : أن الصفة الأساسية لعقد الصلح تبدو كفكرة مصطنعة مخالفة للحقيقة القانونية .

و**الثانية** : أن النظرية التقليدية تبدو منفصلة عن القانون الوضعي ومن ثم تكون غير واقعية .

وعليه فإن " بوابيه " قام بالبحث عن تفسير آخر لطبيعة عقد الصلح من جانب أثر إنهاء النزاع ، وبعد أن استعرض نقد اجتهادات الفقهاء الآخرين أمثال "شيفالييه" ، إعتنق بشيء من التوضيح والإكمال ما سبقه إليه الفقيه " مورلون" MORLAN,في صياغة جديدة لتبرير الأثر الكاشف وهي أن الصلح من حيث كونه يتضمن تنازلا فإنه يعد تصرفا مسقطا للحقوق المتنازع عليها ، ومنه ينتهي النزاع بالصلح ، وبعبارة أخرى فإن الأثر الكاشف لعقد الصلح يظهر في التنازل المتبادل من المتصالحين قصد إبقاء الحقوق المتنازع عليها بالقدر الذي يكون في التنازل .

---

[1] / انظر شيفالييه CHEVALLIER – رسالة حول الأثر الكاشف للاتفاقات والعقود –رسالة دكتوراه روني 1932 ص 21.

فالأثر الكاشف للصلح يتوزع إلى عملين بواسطة الصلح وهما :
وجود أثر منهي ومسقط للصلح يكون بعدم انتقال الحقوق أو إنشائها بين الطرفين ، وكذا بعث القوة والاستحقاق للحقوق التي كانت محلا للنزاع فتصير نافذة لمن يستحقها .
وأحسن تعبير في هذا السياق للأثر الكاشف هو تعبير الفقيه " ترولونج" TROPLONGحيث يرى :
" أن للصلح جانبا إيجابيا فكل واحد من المتصالحين بتنازله عن طلبه في الدعوى إنما يزيل عقبة كانت تعترض سبيل الطرف الآخر في استعماله لحقه، فالصلح الذي يقع بينهما بهذا المنطلق يؤكد ويقرر حقوقا كانت قائمة من قبل إذ هو لا يغير في مضمونها وإنما له أثر مهم وهو **تحرير الحقوق** ".[1]

ب -2 . نقد النظرية الحديثة :

لم تسلم النظرية الحديثة من النقد والملاحظات بالرغم من الصدى الذي لقيته، وبالرغم من قيامها على إكمال ما امتازت به النظريات السابقة من انتقادات .
وحتى ولو أكمل الفقيه " بواييه " ما نقص لدى الفقيه " مورلون" الذي أتى بالأثر المسقط للحقوق فقط فأكمل الفقيه " بواييه " هذا النقص وحاول ضبطه من خلال فكرة النزول المتبادل عن حق الدعوى في الكشف عن الحقوق واستحقاقها بعد أن كانت محلا للنزاع، فإن هذا القول لم يسلم من النقد والملاحظة الوجيهتين.
فالفقيه " بواييه " يقيم نظريته على ما سماه بالتنازل المتبادل عن حق الدعوى والحقيقة ـ بمنظورها الموضوعي والإجرائي- هي وجود التلازم الفعلي بين الدعوى والحق الذي قامت من أجله، فالدعوى هي وسيلة لحماية الحق، فلا ثبوت للحق بدون دعوى ، ولا قبول للدعوى بدون حق ، فلا قيمة للحق بعزله عن الدعوى التي رفعت من أجله ، وهو الوجه الذي برر به " بواييه " نظرية الأثر الكاشف للحقوق، فهو يحاول تثبيت الحقوق والكشف عنها بطريق إسقاط حق الدعوى لكلا المتصالحين.
ومما يستشهد به ـ مع وضوح وثبوت هذه الفكرة ـ على تلازم الحق والدعوى هو ما اشترطه المشرع الجزائري من توفر الصفة والمصلحة لصاحب الدعوى في المادة **459** من قانون الإجراءات المدنية.
ومن جانب آخر كنقد لنظرية " بواييه " في هذا المجال وهو أنه لا بد من تبيان وجه التلازم والارتباط بين الأثر وعلته وهو الأمر غير المحقق لدى الفقيه " بواييه " لأنه لم يبين العلاقة بين الأثر الكاشف لعقد الصلح وفكرة النزول المتبادل عن حق الدعوى، فليس هناك تلازم مطلق بينهما بل إنه نسبي ، بدليل إمكانية تعليل الأثر الناقل بفكرة النزول المتبادل عن حق الدعوى كذلك وذلك فيما إذا تضمن الصلح تنازلا عن حق الدعوى بالنسبة لبعض الحق المتنازل عليه ونقله لبعضه الآخر، أي أن التنازل عن حق الدعوى بوجه التبادل ليس نتيجة حتمية للأثر الكاشف. وفي هذه النسبية في قيمة النتيجة مساس بصحة النظرية الحديثة.

ج / نتائج نظرية الأثر الكاشف لعقد الصلح :

---

[1] / ترولونج TROPOLNG - شرح القانون المدني - ص 557 ، 558 .

إن النظر لعقد الصلح بمنظور نظرية الأثر الكاشف للحقوق المتنازع عليها يجعل من هذا الأثر الكاشف _ بغض النظر عن التصورين التقليدي والحديث_ مفضيا إلى جملة من النتائج النظرية والعملية .
فمن جملة هذه النتائج عدم تجديد الادعاءات السابقة لعقد الصلح ، وعليه فإن الحق الذي أنهى الصلح النزاع حوله إذا كان ثابتا في محرر رسمي قبل الصلح فإنه يبقى كذلك بعده ويكون قابلا للتنفيذ دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي ، وكل صفة كان يحملها الحق قبل التصالح حوله فإن الصلح لا يغير هذه الصفة بحيث تبقى متعلقة بالحق ذلك أن الصلح له أثر كاشف لهذه الحقوق بصفاتها السابقة وليس منشئا لها .
وكذلك إذا كانت هذه الحقوق تتعلق بها التزامات وحقوق أخري كالتأمين مثلا فإن هذا التأمين يبقى تابعا للحق حتى بعد إبرام الصلح .
كما أن من نتائج الأثر الكاشف لعقد الصلح هو أن كل متصالح لا يلتزم بضمان الحق الذي حصل عليه المتعاقد الآخر ، وهذا منطقي لأن الالتزام بالضمان لا يكون إلا عند نقل الحقوق .
كما أن اعتبار الصلح غير ناقل للحق بل كاشف له ينتج عنه عدم اعتبار الصلح مصدرا للادعاء بالتقادم القصير . فلا يستطيع شخص خلص إليه عقار بموجب الصلح أن يحتج بالصلح تجاه ظهور مستحق للعقار بعد أن وضع يده عليه لسنوات لأن الصلح لم ينقل إليه الحق بل كشف له عن وجوده مع احتمال ظهور مستحق له ، غير أن له حق التمسك بالتقادم الطويل لمدة **15** سنة وهي تحت يده ، وفي هذه النقطة بالذات عيب على مبدأ الأثر الكاشف أنه لا يوفر للمتصالح المتمسك بالتقادم القصير حماية قانونية مثلما هي الحال بالنسبة للمشتري في مواجهته لظهور المالك المستحق ، فهذا الأمر لا يوفر الاستفادة من الصلح ومضمونه .[1]

كما أن من نتائج الأثر الكاشف للصلح أن المتصالحين لا يعتبران خلفا لبعضهما البعض فيما حصلا عليه من حقوق ناشئة عن الصلح ، فلا يستطيع المتصالح أن يتمسك بالحق على الوجه الذي يستعين فيه بما كان لصالح الطرف الآخر فإذا تمسك المتصالح الذي آل إليه عقار كبدل للصلح مثلا بالتقادم الطويل عند ظهور مستحق غير المتصالح معه وكان قد وضع يده لمدة تقل عن 15 سنة معتمدا في ذلك على ضم مدة حيازة الذي تصالح معه للعقار فان هذا الوجه يعتبر غير معقول وغير جائز ، إذ أنه ليس خلفا للمتصالح معه في مدة الحيازة .
ولقد لقيت هذه النتيجة اعتراضا ذا وجهين سليمين : فالمتصالح له قصد تقوية هذا الحق ورفع النزاع حوله ، فإذا لم يمكنه المتصالح معه من مستندات وضمانات هذا الحق فإن هذا يعد عدم استفادة من الصلح كله .
ومن جهة ثانية فإن هذا التصور بعدم استخلاف المتصالحين لبعضهما البعض يؤدي إلى حلقة مفرغة .[2]

يبقى القول بأن اعتبار الصلح ذا أثر كاشف للحقوق ومقرر لها يجعل من اعتبار الحقوق إلى ما قبل انعقاد الصلح ويكون من خلص له الحق قد اكتسبه بسبب سابق للصلح

---

[1] / أكثم الخولي – المرجع السابق – ص **57** / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **05** – ص **587** ، **588** .

[2] / تعرف هذه الحلقة بحلقة مورلون – انظر بواييه – رسالته حول مفهوم الصلح – ص **277** ، **278** .

وهذا الرجوع إلى ما قبل إبرام الصلح يعرف بالأثر الرجعي لعقد الصلح . فهناك ترابط وثيق بين الأثر الكاشف والأثر الرجعي للحقوق ، بالرغم من اعتبار فكرة الأثر الرجعي محض افتراض أو تحايل قانوني مخالف للحقيقة ، لأن هذا الترابط بينهما يظهر في المراكز القانونية للمتصالحين ، فالحق الذي خلص للمتصالح بمقتضى عقد الصلح إنما يرتد إلى تاريخ سابق هو تاريخ نشوء سبب هذا الحق ويكون للصلح أثر رجعي ما دام كاشفا لا ناقلا للحقوق .

2 / نظرية الأثر الناقـل لعقد الصلح :

مفاد هذا الاتجاه من الرأي أن عقد الصلح يمتاز بان له أثرا جوهريا وهو إنهاء النزاع وذلك بصفته ناقلا للحقوق عن النزاع ، أي أن المتصالحين بإبرامهما لعقد الصلح فإنهما في الوقت ذاته ينقلان لبعضهما الحقوق الناشئة عن الصلح ، وينتج عن هذا _ كما سيأتي _ أن الحق الذي يؤول إلى أحد المتعاقدين مصدره الصلح وليس ما كان مصدرا له قبل الصلح .

وبالرجوع إلى المثال الذي ضربناه في الأثر الكاشف للصلح فإنه إذا تخاصم شخصان على ما خلفه مورثهما ثم تصالحا على اقتسامه بطريقة معينة ، فإن كل واحد منهما يعتبر مالكا لما حصل عليه من وقت إبرام الصلح لا من وقت وفاة مورثهما ، ومن هنا يظهر أن حق الملكية للجزء من التركة ثابت بالاقتسام المتفق عليه بموجب الصلح وليس بالميراث فيقع الصلح بما يرتبه ناقلا للحقوق وليس كاشفا لها.

والحديث عن نقل الصلح للحقوق عرف تطورا كذلك وتراوحا بين الفقهاء قديما وحديثا، وعلى ذلك سنعرض النظريات التي تناولت تبرير الأثر الناقل لعقد الصلح وتقييمها وما رتبه هذا الأثر من نتائج.

أ / النظرية التقليدية للأثر الناقل ونقدها:

أ - 1 . محتوى النظرية التقليدية :

ظهرت النظرية التقليدية أو بالأحرى المرحلة الأولى من اتجاه الأثر الناقل لعقد الصلح على يد الفقهاء الفرنسيين، وفي طليعتهم " أكاريس"**Accarias** و" هيك " **Huc** و"كولمييه دي سانبيير"**Colmet de sanpierre**
و" بلانيول " **Planiol** " ، ويتلخص موقفهم في دحض النظرية التقليدية للأثر الكاشف للصلح وإظهار ما بها من عيوب والانتهاء إلى عدم صلاحيتها .

ويرى الفقيهان " هيك " و" أكاريس" أن الأثر الناقل ناتج عن الطبيعة الذاتية لعقد الصلح وأنه لا يمكن قبول الأثر الكاشف للصلح لأنه يؤدي إلى نتائج خاطئة وغير مؤسسة كما أنه يتنافى مع العدالة.[1]

---

[1] / انظر **دسترو** – رسالة حول الأثر الكاشف للصلح في القانون الفرنسي – ص **221** ، **226** .

وانفرد الفقيه " بلانيول " في هذا السياق ـ مع بعض التوضيح من الفقيه "كولمييه دي سانبيير "ـ أن الأصل في عقد الصلح أن له أثرا ناقلا للحقوق ويجوز أن يكون كاشفا لها استثناء عند اتفاق إرادة الطرفين على ذلك صراحة في العقد .[1]

أ - 2 . نقد النظرية التقليدية :

من الموقفين اللذين سبق ذكرهما لهؤلاء الفقهاء الفرنسيين يظهر قصور ما ذهبوا إليه ، ويكفي لتبيان ذلك بالقول أنهم لم يقدموا نظرية كاملة مؤسسة على ثوابت قانونية أو عملية يوضحون من خلالها طبيعة الأثر الناقل للصلح، بل إن كل الذي أتوا به هو التماس عيوب النظرية التقليدية للأثر الكاشفـ سبق ذكر بعضها- ولا يمكن تجاوز أمرين لصحة أي نظرية قانونية ، وهما : إعطاء البديل عند نقد التصور الموجود وكذا إعطاء الأسس والمعايير المعتمدة لإقامة النظرية ، وهما الأمران المنعدمان في النظرية التقليدية للأثر الناقل مما استوجب صرف النظر عنها وظهور نظرية الفقيه " شيفالييه " لتعليل الأثر الناقل للصلح .

ب / النظرية الحديثة للأثر الناقل ونقدها:

ب - 1 . محتوى النظرية الحديثة:

توصف هذه النظرية عند بعض المؤلفات بنظرية الفقيه " شيفالييه " لأن هذا الأخير هو واضع مدلولها ومضمونها محاولا وضع تعليل وتبرير ملائم لفكرة الأثر الناقل للصلح .
وأول ما تقدم به الفقيه " شيفالييه" كتأسيس لنظريته هو توضيح التمييز الموجود ـ بمنظور انتقال الحقوق - بين العقد والأثر الكاشف ، فالأثر الكاشف يكون نتيجة التصرف الذي يستند إلى مركز سابق يقرره دون أن يحدث تغييرا فيه . بينما العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر قبل شخص آخر أو أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله حسب التعريف الوارد في المادة **1101** من القانون المدني الفرنسي.[2]

وانطلاقا من اعتبار الصلح من جملة العقود المسماة فإن من الالتزامات التي تقع على عاتق كلا الطرفين هي عدم تجديد النزاع الذي أنهاه الصلح ، وبهذا التصور الحقيقي فإن عقد الصلح قد غير من المراكز القانونية للمتصالحين بحيث تختلف عن طبيعتها الأولى قبل الصلح وعليه فإن الصلح ليس كاشفا بل ناقلا للحقوق الناشئة عنه ، فخلص بذلك الفقيه " شيفالييه" إلى نفي صفة التقرير والكشف عن الحقوق ، وبعد ذلك طرح نظريته إلى أنه طبقا للمادة **2048** من القانون المدني الفرنسي فإن للصلح أثرا نسبيا بحيث يقتصر على الحقوق

---

[1] / دسترو – المرجع السابق – ص **221** ، **226** .

[2] / تقابلها المادة **54** من القانون المدني الجزائري .

والادعاءات المتنازع حولها والمتصالح عليها ، وعبر عن ذلك بأن الصلح عقد بمقتضاه ينهي الطرفان نزاعا قائما أو يمنعان وقوعه بالتنازل ليس فقط عن الدعاوى والادعاءات بل عن الحقوق الأساسية التي قامت عليها هذه الدعاوى والادعاءات .[1] ومن ثم فإن لعقد الصلح أثرا ناقلا للحق المتنازع عليه.

وفي هذه النقطة بالذات إعترض بعض الفقهاء عليها بأن القول بالأثر الناقل للصلح مدعاة للقول بأن الشخص الذي يتنازل عن ادعائه بالنسبة للحق محل النزاع هو الصاحب الحقيقي لهذا الحق . ولكن الفقيه " شيفالييه" حاول تدارك هذا الأمر بالإجابة على هذا الاعتراض ، فصرح بأن التنازل أو حوالة الحق في عقد الصلح إنما يرد على حقوق مشكوك فيها أو متنازع عليها ، و بعبارة أخرى فإن الصلح يتضمن حوالة الحقوق المتنازع عليها فيكون بذلك تصرفا ناقلا لتلك الحقوق .

ب - 2 . نقد النظرية الحديثة :

بالرغم من مراعاة الفقيه " شيفالييه " للأساس القانوني لعقد الصلح من ناحية إلحاق التنازل بالحقوق المتنازع عليها وهي الصورة التي لقيت تأييدا من حيث نسبية إقناعها ، بالرغم من ذلك فإن النظرية الحديثة لم تسلم من توجيه الانتقاد . فقد سبق القول بتأسيس " شيفالييه" لنظريته على أساس التنافر والتناقض الموجود بين العقد والتصرف الكاشف من حيث تغيير المراكز القانونية للأطراف ، لكن هذا الأساس لقي اعتراضا يكاد يكون من جميع الفقهاء لأن الرأي السائد في الفقه - حتى الآن - هو إمكانية تغيير التصرف الكاشف للمراكز القانونية من ناحية التعديل وهو والعقد في ذلك سواء، وعليه مابني على أساس خاطئ فإنه يكون غير مقبول.

ومن ناحية أخرى فإن "شفالييه" قد أسس نظريته كذلك على حوالة الحقوق المتنازع عليها ، والحقيقة أن هذه الفكرة لا تتناسب مع عقد الصلح ، ذلك أن حوالة الحق تكون لصالح شخص خارج عن العقد بينما التنازل الموجود في الصلح يكون بين المتصالحين، زيادة على اعتبار أن هذا الوجه من التعامل يعد نوعا من البيع.[2]

كما أن المادة **2/2052** من القانون المدني الفرنسي لم تلق لها تفسيرا في نظرية الفقيه" شفالييه" من حيث تعارض فكرة تشبيه الصلح بالحكم مع حوالة الحقوق المتنازع عليها.[3]

3 / موقف المشرع الجزائري من النظريتين:

بعد استعراض الاتجاهين المختلفين حول طبيعة عقد الصلح من حيث الأثر الذي ينتجه نخلص إلى أن أحدهما يرى أن أثر الصلح كاشف للحقوق المتنازع عليها والآخر يرى أنه ناقل لتلك الحقوق وقد تقدم تبيان تأسيس كل من الاتجاهين والانتقادات الموجهة إزاء ذلك لكل منهما.

---

[1] / انظر شيفالييه – المرجع السابق. ص **50** ، **51** .

[2] / أكثم الخولي – المرجع السابق – ص **17** .

[3] / بوابيه – المرجع السابق – ص **310** ، **311** .

ومن خلال ملاحظة و استقراء النصوص التشريعية للمشرع الجزائري نرى بوضوح اعتماده لنظرية الأثر الكاشف لعقد الصلح . فقد نصت المادة **463** من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
" للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها "
يتضح من هذا النص القانوني ميل المشرع الجزائري بطريقة جازمة لمبدأ الأثر الكاشف .
ولكن بمقارنة هذا الموقف مع الانتقادات الموجهة لكل من الاتجاهين الأثر الكاشف والأثر الناقل ومع التبريرات المنطقية لكل منهما، فإنه يمكن توجيه جملة من الملاحظات حول هذا النص القانوني المبين لموقف المشرع الجزائري ، وذلك من المنظورين النظري والعملي وهذه الملاحظات تكون رأيا خاصا في هذا المجال لا يعدو أن يكون اجتهادا لتعديل هذا النص.

أ / من الناحية النظرية :

إن اعتماد هذا النص لنظرية الأثر الكاشف يجعل من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية ملحقة بهذا النص ، أي أن المادة **463** من القانون المدني الجزائري لم تسلم من العيوب والانتقادات التي تهدف إلى تعديلها.
فكأن المشرع الجزائري اعتمد هذا الموقف دون محاولة منه للجمع بين مزايا الاتجاهين ، فبالنظر إلى الملاحظات المسجلة للنظريات السابقة وبالنظر إلى كل الحقوق الناشئة عنه لا المتنازع عليها فقط لا يمكن اعتباره تصرفا كاشفا من كل وجه وكذلك لا يمكن اعتباره تصرفا ناقلا من كل وجه ، وعليه لا يمكن إضفاء أحد الأثرين على عقد الصلح بصفة مطلقة .
وفي رأينا يجب التمييز بين نوعين من الحقوق إزاء الحديث عن طبيعة عقد الصلح .فهذه الحقوق هي إما ناشئة عن إبرام عقد الصلح بين الطرفين وهذه لا شك في أن سببها هو عقد الصلح فهو الذي ينشؤها وينقلها لصالح المتعاقدين ، وإما حقوق متنازع عليها قبل الصلح فعند إنهاء النزاع بالصلح تؤول لصالح أحد المتصالحين، فالصلح ليس مصدرا لها وليس سببا في وجودها وإنما جاء ليكشف عنها ويقررها لأحد المتعاقدين وهو ما كان يعرف في الفقه الإسلامي في النوع الأول بالمتصالح عنه وفي النوع الثاني بالمتصالح عليه.
فإذا ادعى (أ) ملكية عقار في يد (ب) ثم تصالحا على أن يتخلى (أ) عن العقار لصالح (ب) مقابل أن يعطيه هذا الأخير مبلغا من المال ، فالمتصالح عليه هو مبلغ المال وهو الحق الناشئ عن عقد الصلح ، والمتصالح عنه هو العقار المتنازع عليه. فهذا التمييز هو الذي يجب اعتباره في معرفة طبيعة الصلح من حيث طبيعة أثره.
وفي رأينا ـ على ضوء هذا التمييز ـ أن الصلح ذا أثر كاشف بالنسبة للحقوق المتنازع عليها الموجودة قبل إبرام الصلح ، وهو ذا أثر ناقل للحقوق التي أنشأها ابتداء من إبرامه.
<u>وإزاء تعميم هذا الرأي على نص المادة **463** من القانون المدني الجزائري يمكن توجيه الملاحظات الآتية:</u>

أ ـ **1 /** يلاحظ أن المشرع الجزائري في هذه المادة لم يكتف بذكر الأثر الكاشف بل بين حدود هذا الأثر الكاشف
وهي الحقوق المتنازع فيها دون غيرها، وهو في هذه المحاولة لضبط حدود الأثر الكاشف جد موفق لأنه يـــــــــريد
بالمخالفة أن يقول : الصلح ذا أثر كاشف للحقوق المتنازع عليها فقط ، وهو الموقف يوافق ما ذهبنا إليه من رأي.
أ ـ **2/** بمقارنة المادة **463** من القانون المدني الجزائري مع المادة **1/462** منه والتي تنص " ينهي الصلح النزاعات التي يتناولها" والمادة **554** من القانون المدني المصري التي تنص " للصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق ويقتصر هذا الأثر على المتنازع فيها دون غيرها" ، من هذه المقارنة نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكن موفقا، بل لم يكن صائبا في لفظ " ما اشتمل عليه " وكان الأولى استعمال مصطلح " ما تناوله " ، ليكون موافقا للنص الكامل المصري من جهة، ومن جهة أخرى ليتوافق مع نص المادة **1/462** منه التي استعملت " التناول " إزاء الحقوق المتنازع عليها . فزيادة على الفائدة اللفظية فإن الحقوق التي يتناولها الصلح هي المتنازع عليها فقط ، بينما التي اشتمل عليها هي كل الحقوق المتنازع عليها والناشئة عنه ، وبعبارة أخرى إن استعمال مصطلح " ما اشتمل عليه " تفيد أن للصلح أثرا كاشفا بالنسبة لكل الحقوق بنوعيها وهذا ظاهر الخطأ بدليل تناقض ما يأتي بعده باقتصار الأثر الكاشف على المتنازع عليها فقط مما يستوجب تغيير هذا المصطلح إلى " التناول ".
أ ـ **3 /** قد يفهم من نص المادة **463** من القانون المدني الجزائري أن المشرع حينما وضع حدود الأثر الكاشف " في الحقوق المتنازع عليها دون غيرها " فهو يقرر بصفة ضمنية أن الحقوق الناشئة عن عقد الصلح تكون بأثر ناقل ، ولكننا نرى أن هذا الاستنتاج لا يمكن أن يكون صحيحا في غياب الصياغة اللفظية الصحيحة ، إذ أن ما وقع فيه المشرع الجزائري من أخطاء لفظية لا تفتح المجال لاستنتاج موقفه بالأثر الناقل للحقوق المتصالح عليها ، وبعبارة أخرى فإنه يستوجب ذكرها صراحة لرفع اللبس بصفة نهائية ، وليتضح موقف المشرع من هذه المسألة.

وإجمالا لما سبق : فإننا نقترح صياغة جديدة للمادة **463** من القانون المدني الجزائري على سبيل المثال :
" للصلح أثر كاشف بالنسبة لما تناوله من الحقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها، ويكون ناقلا لما سواها من الحقوق ".
" يعد الصلح ذا أثر كاشف للحقوق المتنازع عليها ، وذا أثر ناقل للحقوق الناشئة عنه " .

ب / من الناحية العملية :

إن سلطة القاضي في فهمه للنصوص القانونية و تفسيرها ثم العمل بمقتضى ذلك ، متوقفة على وضوح هذه النصوص ، فتضيق سلطته التقديرية كلما زاد وضوح ما تضمنته هذه النصوص القانونية و العكس صحيح .

و عليه فإن وضوح المادة **463** من القانون المدني الجزائري في فحواها إلى حد ما مع ما سجلناه من ملاحظات تجعل من القاضي معتمدا بالضرورة للأثر الكاشف في ما طرح أمامه من حقوق متنازع عليها بين المتقاضين .

ولكن – و لغموض مفهوم المخالفة بالنسبة للأثر الناقل كما سبق ذكره - فإن القاضي يجد صعوبة في الحكم بطبيعة خاصة للصلح الذي يوقعه بين الأطراف من حيث تكييف الحقوق الناشئة عن عقد الصلح و المتنازع عليها ، بحيث يمكن تسجيل صورتين [1] من تقرير القاضي لبنود عقد الصلح وما تضمنه في هذا الشأن .

أولهما : إرجاع القاضي الحقوق المتنازع عليها و أوصافها لإرادة الطرفين بحسب ما يصرحان و يدليان به بخصوص هذه الحقوق المتنازع عليها ، ولكن ترك القاضي وصف الحقوق وتحديدها للمتعاقدين يتجاوز إلى عدم تحديده حتى لما تصالحا عليه كبدل للصلح أي الحقوق الناشئة عنه ، لأن القاضي يكتفي بتحويل المتخاصمين إلى متصالحين دون تحديد للحقوق و الالتزامات .

ثانيهما : أن القاضي يجعل من الصلح الذي يعقده بين الطرفين بمثابة حكم يفصل فيه بين المتخاصمين .وذلك بتقرير حقوق و التزامات للمتصالحين من اقتراحه دون نقاش بين الطرفين ، وكأنه يريد أن يفهم المتخاصمين " المتصالحين " أن لهذا الصلح حقوقا جزافية مهما تنوع الخصوم ، مما يجعل من الصلح الذي أبرمه ذا أثر ناقل لحقوق جديدة بين المتصالحين ، وهو المظهر الذي يجسد التباين بين نص المشرع و تطبيق القاضي .

---

[1] / هذه الملاحظات مأخوذة من دائرة ضيقة من عمل القضاء بحيث هي مقتصرة على بعض المحاكم في إبرام عقود صلح بين المتقاضين ، ولكنها تبين صورة عملية لتكييف القضاة لأثر الصلح .

ثالثا : التفسير الضيق لعبارات الصلح

1/ مدلول التفسير الضيق :

إن تفسير عبارات عقد الصلح يعد من اختصاص قاضي الموضوع إذ يستخلص نية المتصالحين ونتائج الصلح من عباراته و الظروف التي أبرم فيها ، كما أن القاضي بتفسيره للصلح يحدد مجال وحدود النزاع الذي أنهاه الصلح و على ذلك فلا رقابة للمحكمة العليا على القاضي المفسر للعقد لأن هذا القاضي يبني تفسيره على ما استخلصه من عبارات العقد والملابسات التي تم فيها .

وانطلاقا من عناصر الصلح في أنه يتضمن التنازل المتبادل بين المتعاقدين عن جزء من الحقوق و الادعاءات و أن هذا التنازل عنصر جوهري غير مفترض في الصلح ، فإن القاضي الذي يتعرض لتفسير عبارات الصلح يجد نفسه محدودا ومحصورا في هذا العمل القضائي ، وذلك لضيق دائرة التفسير ، وهذا التفسير الضيق يكون بتقيد القاضي بالتنازل الوارد على الحقوق المتنازع عليها بل ما كان ظاهرا من هذه الحقوق دون غيرها مما تنازل عنه الطرفان .

ومثال ذلك : إذا تصالح شخصان على التسوية النهائية لجميع ما بينهما من حساب فإن القاضي حين تفسيره لهـــــذا الصلح يتناول ما حسمه الصلح بإرادتهما بغض النظر عن الحقوق الأخرى التي لم تكن موضوع حسم الصلح لها .[1]

---

[1] / استئناف مختلط في 1907/12/11 - مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة 20 ص 30

2 / التفسير الضيق للصلح لدى المشرع الجزائري :

تنص المادة **464** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" يجب أن تفسر عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيرا ضيقا أيا كانت العبارات فإن التنازل لا يشمل إلا الحقوق التي كانت بصفة جلية محلا للنزاع الذي حسم الصلح " [1] .

يظهر جليا من نص هذه المادة وجوب التفسير الضيق لعبارات الصلح و ذلك للأسباب التي سبق ذكرها ، غير أن المشرع الجزائري لم يكتف بذكر التفسير الضيق بل بين تبرير ذلك في الجملة الثانية من المادة في حصر التنازل الذي يتناوله التفسير على الحقوق المتنازع فيها بصفة جلية و التي أنهاها الصلح . ويعد هذا التبرير ـ الذي يوافق تبرير إجماع الفقه ـ في رأينا تشديدا على تطبيق المبدأ من القاضي أي توجيه القاضي إلى عدم توسعة التفسير للحقوق المتنازع عليها.

غير أن ما يجب ذكره في هذا الباب هو أن مع ما يتميز به الصلح من خصائص وعناصر إلا أن تفسير عباراته تفسيرا ضيقا يتوافق مع القاعدة العامة الوردة في المادة **111** من القانون المدني الجزائري التي تشترط البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في تأويل العقد وهذا المعيار ـ أي النية المشتركة للمتعاقدين ـ يعد أحد الضوابط و الدلائل التي تشير إلى التفسير الضيق و على ذلك فإن القاعدة الخاصة الواردة في المادة **464** من القانون المدني الجزائري تتوافق في فحواها و تطبيقها مع القواعد القانونية العامة للتفسير ، إذ أن كلاهما تجسدان اعتماد المشرع الجزائري للإرادة الظاهرة في التفسير.

تبقى الإشارة إلى أن الملاحظة التي تنصب على النص العربي للمادة **464** من القانون المدني الجزائري قد أسقطت حرف الواو قبل " أيا " ، " ...تفسيرا ضيقا ، و أيا ..." و إسقاط الواو يفسد معه التعبير ولا تغني عنه الفاصلة باعتبار أن الجملة الثانية غير مستقلة ، ولفظ " أي " في اللغة العربية لا يأتي منفردا عن الحروف إلا إذا كان في بداية الفقرة أو التعبير ، وقد يفسر هذا الإسقاط بالخطأ المطبعي ولكن تكراره في كل الطبعات يجعل من هذا العيب قائما ومن إصلاحه بصفة أصلية ضروريا .

----

[1] **/** تقابلها المادة **555** من القانون المدني المصري ، ونفس المبدأ في المادتين **2047** ، **2049** من القانون المدني الفرنسي.

المطلب الثالث

مقارنة آثار الصلح بين الفقهين الإسلامي و الوضعي

بعد تناول آثار عقد الصلح خاصة أثره الجوهري المتمثل في إنهاء النزاع ، وذلك في الفقه الإسلامي و الفقه الوضعي الموازي للتشريعات الحديثة سيما التشريع الجزائري ، فإنه ـ ووفقا لمنهج الدراسة ـ لا بد من استخراج الأوجه التي يتقارب فيها الفقهان حول آثار الصلح وكذا أوجه الاختلاف ، وهذا ما سنعرضه في النقاط الآتية :

أولا : حول أنواع عقود الصلح

ما يلاحظ أن الفقه و التشريع الوضعيين لا يحددان أنواعا خاصة بعقود الصلح ، بل يتناولان الصلح بالنظر إلى كيانه و أحكامه بغض النظر عن تسمية عقد الصلح وموضوعه ، و الصلح في هذا المنظور الوضعي هو محل دراسة واهتمام سواء كان المدعى عليه مقرا بالدعوى أو منكرا لها أو ساكتا عنها .

غير أن الفقه الإسلامي يراعي طبيعة عقد الصلح في دراسة آثاره ، وبعبارة أخرى فإنه يولي أهمية بالغة بأنواع الصلح و ذلك إلى صلح عن إقرار أو عن إنكار أو سكوت ، وذلك بحسب موقف المدعى عليه بإقراره أو إنكاره أو سكوته تجاه موضوع الدعوى التي تنتهي بالصلح الذي يعقده المتخاصمان ، وعلى ذلك ـ وكما سبق ذكره ـ فإن الصلح تتراوح أحكامه من حيث الاعتماد وعدم الأخذ به ومن حيث الاجتهاد حوله و ذلك بحسب أنواع الصلح ، فهذا الجانب هو محل تباين بين الفقهيـن الإسلامي و الوضعي .

ثانيا : حول طبيعة عقد الصلح

سبق الحديث عن الجدل الذي ثار في الفقه الوضعي حول طبيعة عقد الصلح من حيث الحقوق المتنازع حولها من أنه ذا أثر كاشف أو ناقل لـها .

ولكن ما يجب تفصيله ولو بالشيء اليسير ـ لإجراء المقارنة بين الفقهين الإسلامي و الوضعي ـ هو أن الفقه الإسلامي يتراوح حسب التمييز لأنواع عقد الصلح في اعتباره ناقلا أو كاشفا للحقوق المتنازع حولها .

فالصلح عن إقرار يكون عند إقرار المدعى عليه بموضوع الدعوى ومنه إقراره بثبوت هذا الحق للمدعي قبل الصلح ، فالإقرار إخبار لا إنشاء فهو مظهر للحق الثابت قبله ، وعليه فإن الصلح عن إقرار يكون كاشفا للحقوق المتنازع عليها .
أما في الصلح عن إنكار أو عن سكوت فإن الأمر يكون بمنظور المدعي أو المدعى عليه ، فهو ذا أثر كاشف بالمنظر للمدعي لأن ادعاءه بالحق يستند إلى سبب سابق للصلح وهو ذا أثر ناقل بالنظر للمدعى عليه لأن إنكاره للدعوى يجعل من الحق قائما بوجود الصلح .
ومما يجب ملاحظته على سبيل المقارنة أن التقسيم الثلاثي للصلح في الفقه الإسلامي يعد رسما لمحاور التفرقة بين الأثر الكاشف أو الناقل للصلح ، وهو المعيار الذي لا يجد له صدى في الفقه و التشريع الوضعيين .
يبقى القول أن مسألة طبيعة الصلح من حيث طبيعة أثره الجوهري في إنهاء النزاع هي مسألة اختلاف في الفقه الوضعي إلى أثر كاشف و أثر ناقل ، بينما هي مسألة تفصيل وتوزيع حسب أنواع الصلح في الفقه الإسلامي .

ثالثا : حول الأثر العام لعقد الصلح

يكاد الأمر يكون بصفة كلية متماثلا بين الفقهين الإسلامي و الوضعي حول الأثر العام لعقد الصلح باستثناء الصياغة اللفظية بينهما .
فالفقه الإسلامي يرى أن الأثر العام للصلح هو قطع المنازعة بين طرفي الخصومة وسقوط دعوى المدعي فلا يستطيع تجديد الدعوى بشأن الحق محل الدعوى إلى ما ينتج عن هذا الأثر من مسائل .
كما أن الفقه الوضعي يرى أن الأثر الجوهري لعقد الصلح هو حسم و إنهاء النزاع بين الطرفين بصدد خصومة قائمة أو محتملة إلى ما يترتب عن ذلك من نتائج .
فالأمر واحد بين الفقـــهين حول أثر الصلح في إنـــــهاء النزاع .

المبحث الثاني

إثبــــات عـــقد الصلـــح

إن من أهم المشاكل المثارة إزاء الصلح و التي تستوجب توضيحها و الوقوف عندها مسألة إثبات الصلح، و على ذلك فإن وسائل الإثبات المعروفة على وجه العموم تجد لـــها تباينا في الأثر نحو إثبات عقد الصلح سواء من المحور الخاص في مقارنتها ببعضها البعض أو بالمحور العام الذي يمثل

منهج هذا البحث و هو دراسة هذه الوسائل في الفقهين الإسلامي و الوضعي سيما النصوص التشريعية و تباين هذه الأخيرة و تميز التشريع الجزائري حول إثبات الصلح بالكتابة – كما سيأتي بيانه - .
وعلى ذلك تكون دراسة إثبات عقد الصلح في المطالب التـــالية :

المطلب الأول : إثبات الصلح في الفقه الإسلامي
المطلب الثاني : إثبات الصلح في الفقه الوضعي
المطلب الثالث : مقارنة إثبات الصلح في الفقهين الإسلامي و الوضعي.

المطلب الأول

إثبات عقد الصلح في الفقه الإسلامي

إن من المنتظر بداهة أن تكون دراسة وسائل الإثبات و قواعده وفق نصوص و أحكام خاصة بعقد الصلح ، لكن و بالنظر إلى عدم تطرق كتب الفقه الإسلامي إلى إثبات الصلح بأحكام خاصة به ، فإنه يكون من الواجب إزاء التعرض لهذا الجانب أن يرجع للقواعد العامة للإثبات ومدى تطبيقها على عقد الصلح من خلال تعريفه وكذا من خلال تمييزه عن غيره و طبيعة أحكامه وخصائصه.
وقد يستعمل الفقه الإسلامي مصطلح " طرق القضاء" إزاء طرق الإثبات والتي تكون دراستها على وجه العموم كآلاتي : [1]

أولا :الكتـــــابة

إن تنوع الوقائع القانونية إلى أعمال مادية و تصرفات قانونية تكون مجالا واسعا للإثبات بالكتابة ، ولعل أكبر تعليل وتبرير لذلك هو في إعداد الدليل الكتابي

[1] / يرتب غالبية الفقهاء أدلة الإثبات كالآتي: الإقرار ،البينة ،الكتابة،اليمين ،القرائن ، باعتبار أن القاضي يسأل المدعي عليه حول الواقعة محل الدعوى يريد إقراره بها فإذا لم يقر تطرق لوسائل الإثبات الأخرى وعلى ذلك فهم يقدمون في تبويبهم الإقرار على الأدلة الأخرى ، ولكني أفضل تناول أدلة الإثبات بحسب قوتها وأثرها في القضاء بدءا بالكتابة ،ثم البينة ،ثم الإقرار، ثم اليمين ،ثم القرائن.

[2] / فقد يستدل أحد الخصوم بورقة رسمية أو أي دليل كتابي فإذا لم ينازعه خصمه في ذلك فإن القاضي يعتد بهذا المكتوب ويصدر حكمه على أساسه ، وقد يطعن خصمه بالتزوير أو غير ذلك في هذا المكتوب فيوقف القاضي الخصومة إلى حين الفصل بالتزوير، مما يبين مدى تطبيق القاضي للسند الكتابي ووقوف ذلك على رضا الأطراف.

الذي يمكن أن يكون وقت إنشاء التصرف ،كما يمكن أن يكون قبل حدوث النزاع حول هذا التصرف .كما أن العوامل العملية التي تضفي الصدارة في الأهمية على الكتابة هو تقيد القاضي بها عند عدم إشهارها من الخصوم .[1]

وفيما يلي سنعرض حجية الكتابة و أثرها في الفقه الإسلامي ومن ثم حجيتها في إثبات عقد الصلح.

1 /حجية الكتـابة في الفقه الإسـلامي :

يرى كثير من الفقهاء الباحثين في الفقه الإسلامي أن الكتابة ليست بنفس درجة الأهمية التي تكتسيها الشهادة في إثبات الوقائع القانونية ، و يعللون ذلك بعدم انتشار الكتابة في الصدر الأول للإسلام ،عكس الشرائع القديمة الأخرى التي تـولي الكتابة مرتبة الصدارة في قوة الإثبات .[2]

ولكننا لا نشاطر هذا الرأي - مع الاعتراف لـهم بجزيل اجتهادهم و سبقهم في ذلك - و ذلك من جانـبين :

أولهمـا: أن القران الكريم يعتبر- بلا منازع في الفقه الإسلامي- أول مصدر للتشريع الإسلامي و من ثم فإن آية الدين المباركة و المعروفة في القرآن الكريم تؤكد على الكتابة و تخصها بالتنظيم في وجودها و عند فقدها .

يقول الله تبارك و تعالى :(يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا ياب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئا فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا ياب الشهداء إذا ما دعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيرا أو كبيرا إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضاركاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم).[3]

فهذه الآية الكريمة جاءت بأرقى مبادئ الإثبات في العصر الحديث و جاءت بطريقة مثالية لإحكام الحقيقة من حيث إحكام إثباتها و دقة صياغتها.

وعلى ذلك فإن هذه الآية الكريمة تشير بوضوح إلى الأهمية البالغة للكتابة وسبقها على الشهادة و هذا بدليل شهادة أصحاب الرأي الذين يقولون بتأخرها عن الشهادة إذ يصرحون بأن آية المداينة السابق ذكرها تشير إلى أن الأولوية في الإثبات للكتابة [4] .

---

[2] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **02** -المرجع السابق – ص **356** هامش **01** .

[3] / الآية **282** من سورة البقرة .

[4] / السنهوري – المرجع السابق – ص **356** هامش **01** .

ثانيهما : أن أصحاب الرأي محل الانتقاد و يعللون رأيهم بعدم انتشار الكتابة في العصر الأول للإسلام و لأن الخطوط قابلة –حسب رأيهم - للمشابهة و المحاكاة و هذا القول قاصر و مردود لأن القرآن الكريم جاء مسايرا لكل عصر و وقت و هو أبدي الأحكام ، و من ثم فإن تقديم آية المداينة للكتابة يجعل من الكتابة متقدمة على وسائل الإثبات دون عصر من العصور و لأن الإسلام لم يجئ ليضئ العصور الأولى منه فقط بل ليعمم - حتى بأحكام الكتابة في الإثبات - على العصور الحديثة التي تتميز بانتشار الكتابة و دقتها ومن ثم وجب رد الاعتبار للكتابة و أهميتها على الشهادة خاصة لموافقة ذلك لأحكام القرآن الكريم.

أما فيما يتعلق بوجه الاستدلال من الآية الكريمة السابقة على حجية الكتابة هي في قوله تعالى :

(...فاكتبوه و ليكتب بينكم كاتب بالعدل ...) فهذه الصياغة تفيد عند الكثير من الفقهاء [1] أمر الشارع الحكيم بالكتابة و من هنا تعد وسيلة للإثبات.

2 /حجـية الكتـابة في إثبات عقـد الصلح:

بالرجوع إلى آية المداينة الكريمة السابق ذكرها، فإنها قررت الكتابة كوسيلة هامة لإثبات الدين و من ثم فإن الكتابة معترف بها كذلك كوسيلة لإثبات العقود و التصرفات التي تكون مصدرا لـدين معـين.

و يستخلص من هذا أنه يجوز إثبات عقد الصلح بالكتابة التي تكون لها حجية و أثر أمام القضاء عند النزاع .

و هذا الاستنتاج هو من قبيل إحكام الأدلة بطريقة الاستنباط إزاء الدليل لا من حيث إيجاده ، لأن إثبات عقد الصلح بالكتابة أمر وارد بالنقل فزيادة على الآية السابقة من القرآن الكريم ، فقد خصص الفقهاء و المحدثون أبوابا خاصة بكيفية كتابة الصلح و نذكر منهم على سبيل المثال ما جاء به الإمام البخاري في صحيحه قال :

" حدثنا محمد بن بشار حدثنا غندر حدثنا شعبة عن أبى إسحاق ، قال سمعت البراء بن عازب رضي الله عنهما قال : لما صالح **رسول الله** صلى الله عليه وسلم أهل الحديبية كتب على ما بينهم كتابا ،فكتب **رسول الله** صلى الله عليه وسلم فقال المشركون :لا تكتب **محمدا** رسول الله لو كنت رسولا لم نقاتلك . فقال لعلي رضي الله عنه : أمحه .فقال : ما أنا بالذي أمحاه . فمحاه **رسول الله** صلى الله عليه وسلم بيده وصالحهم على أن يدخل هو وأصحابه ثلاثة أيام ولا يدخلوها إلا بجلبان السلاح فسألوه : ما جلبان السلاح ؟

---

[1] / يختلف الفقهاء حول صيغة قوله تعالى (... فاكتبوه ...) هل هي للأمر أم للندب أم للاستحباب ، ولكل منهم رأيه وحجته ، وأرى مجتهدا لا جازما أن المقصود بذلك الأمر بالكتابة لأن الله تعالى الذي أتى بالكتابة هو أحكم الحاكمين فلا يمكن أن نترك الكتابة على وجه الندب أو الاستحباب لحكمة أخرى أو لتعليل أخرى لعله و حكمة الله تعالى لما يرتضيه لعباده ويراه أصلح لأحوالهم وتصرفاتهم .

فقال :الـــقراب بـما فيـه." [1] والقراب هو غمد السيف : أي وضع السلاح في غمده وموضعه .

ثانيا :البينة أو شهادة الشهود.

إن مصطلح البينة يطلق على كل ما يبين الشيْ و يظهره و هذا بالمعنى العام للبينة و هي الدليل على الأمر أيا كان نوع هذا الدليل و من هنا يقال في المبدأ العام " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر " .

لكن للبينة مدلولا اصطلاحيا عند مجمع الفقه و هو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة ،فإذا قيل في مجال الإثبات لفظ البينة فإن المقصود به شهادة الشهود .و البينة أو شهادة الشهود لها أثر بالغ الأهمية في الإثبات أمام القضاء و استدلالا من آية الدين في القرآن الكريم فإنها تعتبر بإجماع الفقهاء ثاني وسائل الإثبات في الأهمية بعد الكتابة فإذا أقيمت البينة و قبلها القاضي حكم له بطلباته.

1 /مشروعية الشهادة في الفقه الإسلامي :

تعرف الشهادة في الفقه الإسلامي بأنها " إخبار الشخص بحق شخص آخر على غيره ".

فهي بـين شاهد و مشهود له ومشهود عليه على حق يسمى مشهودا به.

و دليل مشروعية البينة أو شهادة الشهود في القرآن الكريم في مثل قوله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه و الله بما تعملون عليم) [2] و قوله عز وجل (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى و لا يأب الشهداء إذا ما دعوا) [3] و قال عز من قائل (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنئان قوم على أن لا تعدلوا، اعدلوا هو أقرب للتقوى و اتقوا الله إن الله خبير بما تعملون) [4].

و يقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما). [5]

أما مشروعية البينة بالسنة المطهرة على صاحبها أفضل الصلاة و أكمل التسليم فيظهر

[1] / صحيح البخاري – الجزء **03** – باب كيفية كتابة الصلح – ص **218** .

[2] / الآية **283** من سورة البقرة .

[3] / الآية **282** من سورة البقرة .

[4] / الآية **08** من سورة المائدة .

[5] / الآية **135** من سورة النساء .

في جملة أحاديث كقوله صلى الله عليه وسلم " ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها " [1].

وقد أجمع الفقهاء حول الاعتداد بشهادة الشهود في إثبات الحقوق و الادعاءات .

2 /البينة في عقد الصلح:

إن اعتبار الحقوق التي يقررها عقد الصلح من الحقوق العامة التي أوردتها آية الدين فإن إثبات عقد الصلح قد يكون بالبينة بالخطاب الوارد في هذه الآية الكريمة برجلين أو رجل و امرأتان ،قال تعالى (... و استشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى). [2]

ومن اعتبار الحقوق التي يشملها عقد الصلح من حقوق العباد التي قد توافقه الشهادة ، فإنه يشترط في إثباتها بالبينة موافقة الشهادة للدعوى ،ولكن يشترط أن تكون الموافقة موجودة صورة و معنى و قد يكون الاقتصار على الموافقة بالمعنى لأن العبرة و الفائدة بالمعاني و ليست بالألفاظ.

وفي هذه النقطة بالذات يرى الإمام السرخسي أن ترك التسمية فيما وقع عليه الصلح لا يمنع العمل بالشهادة كترك التسمية فيما وقع الصلح عنه.[3]

ثالثــا : الإقـــــرار

يعرف الإقرار في العقد الإسلامي بأنه إخبار الشخص - سواء أكان صحيحا أو مريضا مرض الموت- بثبوت حق عليه لغيره . [4]

ويقسم الإقرار إلى قضائي و غير قضائي باعتبار مكان وقوعه فإذا وقع الإقرار أمام القاضي كان قضائيا، أما إذا كان خارج مجلس القضاء فهو غير قضائي ولقد جرى العمل على عدم الاعتداد إلا بالإقرار القضائي.[5]

1 /حجية الإقـرار في الفقه الإسلامي:

إنطلاقا من اعتبار ولاية المرء قاصرة على نفسه فإن الإقرار حجة على المقر و يلزمه هو دون غيره.

---

[1] / صحيح مسلم – كتاب الأقضية – باب بيان خير الشهود – المرجع السابق – ص 133 .

[2] / الآية 282 من سورة البقرة .

[3] / الإمام السرخسي – المبسوط – المرجع السابق – باب الشهادة في الصلح – ص 25 ، 26 .

[4] / محمد زيد الأبياني – مباحثات المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية –المطبعة الأميرية 1954 ص 77 .

[5] / محمد زيد الأبياني – المرجع السابق – ص 78 .

3 / الآية 81 من سورة آل عمران

و الإقرار وارد في القرآن الكريم لقوله تعالى (قال أأقررتم و أخذتم على ذلكم أصري قالوا أقررنا قال فاشهدوا و أنا معكم من الشاهدين).[1]

وقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله و لو على أنفسكم أو الوالدين أو الأقربين إن يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بها).[2]

وروي في الصحيحين أن **رسول الله** صلى الله عليه وسلم قال في المرأة الزانية :" أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها، قال فغدا عليها فاعترفت فأمر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت ".[3]

2 / أثـر الإقـرار في إثبات الصلح:

عند إلحاق قاعدة حكم الإقرار في إلزام المقر بما أقر به بعقد الصلح فإن الشخص الذي يقر بالصلح و يقر بتنازله عن جزء من حقوقه بموجب الصلح أمام القضاء فإنه ملزم بتطبيق ما أقر به وبالتالي يلتزم بأحكام عقد الصلح.

وهنا تجدر الإشارة إلى نقطة بارزة في هذا المجال وهي التمييز بين أمرين:

أولهما: الإقرار على الصلح الذي يعتبر كوسيلة لإثبات الحقوق المتنازل عنها بموجب الصلح وهو موضوع الدراسة السابقة ، ففيه يأتي الصلح ثم الإقرار به.

ثانيـهما: الصلح على الإقرار أين يقر المدعى عليه للمدعي بأنه محق في دعواه ثم يتصالحان على شيْ كأن يدعى شخص على آخر عينا أو دينا أو منفعة ثم يتصالحان على عين أو دين أو منفعة وفي هذه الحالة يأتي الإقرار ثم الصلح عليه.

رابعا : اليمين و النكول عنها

إذا لم يقدم المدعي بينة على أقواله وما يدعيه وأنكر المدعى عليه موضوع الدعوى فإن للمدعي أن يطلب تأدية المدعى عليه لليمين ، فإن نكل عنها ردت على المدعي فيحلف حينئذ و يستحق ما يدعيه.[4]

1 /مشروعية اليمين في الفقه الإسلامي:

قال الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان) [5]

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :" البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر".

---

4 /الآية **135** من سورة النساء. ومعنى الشهادة على النفس هو الإقرار للغير بحقه .

5/ صحيح البخاري – الجزء الرابع كتاب المحاربين – ص **115** .

[4] / ابراهيم البرماوي – المرجع السابق – ص **310** .

[5] / الآية **89** من سورة المائدة .

و من هنا نستنتج أن من الحقوق الثابتة للمدعي تأدية المدعى عليه لليمين ، و يشترط في توجيه اليمين جملة من الشروط ، منها عدم وجود بينة أخرى لإثبات الإدعاء ، و كذلك لابد أن يكون المدعى عليه منكرا للحق ولهذا تأتي اليمين بعد استيفاء دلائل الإثبات الأخرى ، كما يشترط أن يطلبها المدعي إقامة لحقه اتجاه المدعى عليه.

ومن الثابت عند غالبية الفقهاء هو أنه لا يمكن أن تكون اليمين إلا بصيغة الحلف بالله تعالى دون غيره لقول النبي صلى الله عليه وسلم :"من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر".

وقد يقوم القاضي بتغليظ اليمين في الصيغة كقوله : "قل والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهادة الرحمان الرحيم الذي يعلم من السر و الخفاء ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا الحال الذي ادعاه ".

2 / اليمين في إثبات عقد الصلح:

بما أن الصلح في الأموال من حقوق العباد فإنه يجوز إثباته باليمين .

و اليمين المعول عليه في الصلح –كما في سائر الأحوال – لا يكون إلا في مجلس القضاء ، و ذلك لأن القائم به هو القاضي بعد طلب الخصوم ، و ما كان أمام القاضي فإنه يعتبر يمينا قاطعة .أما اليمين التي تكون عند غير القاضي فهي غير قاطعة مما يستوجب عدم اعتمادها ، وعلى ذلك إذا ادعى أحد الخصوم بوجود التزامات ناشئة عن عقد صلح مع المدعى عليه و طالب بحقوق بموجب ذلك ، فإنه يمكنه توجيه اليمين للمدعى عليه حول وجود عقد صلح من عدمه أمام القاضي .

و تثار مسألة أخرى في الحديث عن اليمين لها مرتبتها في الفقه الإسلامي وهي النكول عن اليمين والتي تكون عند الإمتناع عنها حينما توجه إلى المدعى عليه من القاضي بطلب من المدعي.

فمتى سأل القاضي المدعى عليه عن الدعوى فأنكر و طلب البينة من المدعي فعجز عن تقديمها و طلب يمين المدعى عليه فوجهت إليه من القاضي وأمامه وامتنع عنها حكم عليه بنكوله لأن النكول عن اليمين يعتبر دليلا على كونه مقرا إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة لعدم صحة الدعوى و لأنها واجبة عليه لقول سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وهذا الحديث يفيد صيغة الوجوب على من يؤدي اليمين في كلمة " على من أنكر". ويرى المجتهدون في الفقه الإسلامي أنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين ثم أراد تأديتها فإنه يفرق بين أمرين : إذا لم يفصل القاضي بعد في الدعوى جاز له تأديتها ، و إن كان بعد الحكم فلا يلتفت إليه لأن القاضي يكون قد حكم بنكوله فيسقط عنه هذا الحق.

وكما أن اليمين تكون أمام القاضي فإن النكول المعتد به هو أمام القاضي كذلك .

وعليه فإن كل الأحكام المتعلقة باليمين في القواعد المقررة بهذا الشأن تنطبق على إثبات عقد الصلح أمام القاضي فلا وجود لأحكام خاصة به ولهذا تطرقنا إلى اليمين في القواعد العامة .

خامسا : القرائـــن

يبقى هذا النوع من أدلة الإثبات وهو القرائن و لكن أول مسألة تثار حولها بصفة عامة هي مدى تقبل اعتبار القرائن من أدلة الإثبات وذلك بالنظر إلى قطعيتها في الصورة التي تظهر بها .

ومن صورها [1] أن يرى إنسان وهو خارج من دار خالية عليه أثر الخوف وبيده سكين ملوث بالدم ثم يتبين أن بالدار شخصا مذبوحا لحينه فلا شك في أن الخارج يؤاخذ إذ لا يشك أحد في أنه هو القاتل .

و ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى أن القرائن ليست من طرق الإثبات فلا يقتص ممن رؤي بهذه الحالة لأن هناك احتمالات كثيرة [2] إذ يحتمل أن القاتل له غير الخارج وفر من على السطح فلم يره أحد ويحتمل أنه دخل فوجده مقتولا فخاف من ذلك و خرج وهو على هذه الحالة ويحتمل أن الذي وجد مقتولا كان أراد قتل الداخل ولم يمكنه التخلص منه إلا بالقتل فقتله وبذلك يصير مدافعا عن نفسه فلا يقتص منه والذي يعول عليه هو التحقيق في هذه المسألة حتى تتجلى الحقيقة ويحكم بمقتضى ما ظهر.

وقد كان المأخوذ به في المحاكم الشرعية هو اعتبار القرينة القاطعة من بين طرق الإثبات ، والقرينة ما يستنبطه القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول وهي على نوعين : قرائن قضائية وأخرى قانونية .

---

[1] / هذا المثال نقلناه من مؤلف عقد الصلح – يس محمد يحيى – المرجع السابق ص **403** . لعموم فائدته ووضوحه .

[2] / أردت أن أورد هنا مثالا عجيبا من قضاء سيدنا علي كرم ا وجهه يبين نسبية حجية القرائن في الإثبات .

كان سيدنا علي أميرا للمؤمنين فأتي برجل وجد في خربة بيده سكين ملطخة بدم وبين يديه قتيل يتشخط في دمه، فسأله فقال: أنا قتلته. قال : اذهبوا به فاقتلوه ،فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعا فقال :يا قوم لا تعجلوا ردوه إلى علي فردوه فقال الرجل :يا أمير المؤمنين ما هذا صاحبه أنا قتلته. فقال سيدنا علي للأول :ما حملك على أن قلت أنا قاتله ولم تقتله؟ قال : يا أمير المؤمنين وما أستطيع أن أصنع و قد وقف العسس على الرجل يتشخط في دمه وأنا واقف وفي يدي سكين وفيها أثر الدم وقد أخذت في الخربة فخفت ألا يقبل مني و أن يكون قسامة ، فاعترفت بما لم أصنع و احتسبت نفسي عند ا .فقال سيدنا علي :بئس ما صنعت ،فكيف كان حديثك ؟ قال :إني رجل قصاب ،خرجت إلى حانوتي في الغلس فذبحت بقرة و سلختها فبينما أنا أسلخها والسكين في يدي أخذني البول ،فأتيت خربة كانت بقربي فدخلتها لقضاء حاجتي و عدت أرى حانوتي ، فإذا أنا بهذا المقتول يتشخط في دمه ، فراعني أمره ووقفت أنظر والسكين في يدي فلم أشعر إلا بأصحابك قد وقفوا علي ،فأخذوني فقال الناس :هذا قتل هذا ، ماله من قاتل سواه فأيقنت أنك لا تشرك قولهم بقولي فاعترفت بما لم أجنه. فقال سيدنا علي للمقر الثاني: وأنت كيف كانت قصتك؟ فقال :أغواني إبليس فقتلت الرجل طمعا في ماله ، ثم سمعت حس العسس فخرجت من الخربة و استقبلت هذا القصاب على الحال التي وصفها ،فاستترت منه ببعض الخربة حتى أتى العسس فأخذوه وأتوك به فلما أمرت بقتله علمت أني سأبوء به أيضا فاعترفت بالحق.

فقال سيدنا علي لسيدنا الحسن رضي ا عنهما : ما الحكم في هذا؟ فقال :يا أمير المؤمنين إن كان قد قتل نفسا فقد أحيا نفسا وقد قال تعالى (ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا) –الآية **32** من سورة المائدة- فخلى سيدنا علي عنهما وأخرج دية القتيل من بيت المال ، ولعله فعل ذلك بعد أن أسقط أولياء القتيل حقهم بالقصاص.

انظر الدكتور محمد الزحيلي – تاريخ القضاء في الإسلام – دار الفكر المعاصر بيروت -ص **112** .

فالقرائن القضائية هي ما يستخلصه القاضي من وقائع الدعوى المعروضة عليه وذلك باستخدام هذه الوقائع لاستخلاص وقائع أخرى تفيد في إصدار الحكم.

أما القرائن القانونية فهي ما يستخلصه المشرع نفسه مما يغلب وقوعه عملا في نوع معين من الحالات وينص عليه في صيغة عامة ومجردة ، وهذه القرائن هي على ضربين كذلك : بسيطة قابلة لإثبات العكس وقاطعة لا يمكن إثبات عكس مضمونها.

أما الأهم من هذا المحتوى بالنظر إلى سياق الحديث هو مدى إمكانية إثبات عقد الصلح بالقرائن ، ولعدم وجود المانع الصريح والاجتهادي من ترتيبها فإنه يمكن القول بإمكانية إثبات عقد الصلح بالقرائن القضائية لعدم وجود ما يمنع استعمالها في الفقه الإسلامي ، ويترك للقاضي سلطة استنباطها ، وعليه فإنه يمكن للقاضي أن ينظر في تصرف بين متعاقدين يعطيانه وصفا مخالفا ، ويستخلص أنه عبارة عن عقد صلح بينهما ومن ثم الحكم بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد والتصريح بها لمدعيها وطالبها.

المطلب الثاني

إثبـــات عقد الصلح في الفقه الوضـعي

سنقوم بمعالجة مسألة إثبات عقد الصلح في الفقه الوضعي وخاصة التشريعات الحديثة محل الدراسة وعلى وجه الخصوص القانون المدني الجزائري في تنظيمه لأحكام الإثبات عامة وما يتعلق بعقد الصلح خاصة وذلك على نفس الخطوات المتبعة في المطلب الأول المتعلق بدلائل الإثبات في الفقه الإسلامي لكي تسهل المقارنة بينهما فيما بعد .

أولا : الكتـــــــابة *

أول ما تجب الإشارة إليه هو عدم تمييز المشرع الجزائري في المادة **324** من القانون المدني الجزائري بين العقد كتصرف قانوني وبين الورقة التي يفرغ فيها هذا التصرف [1] فالفرق قائم بين العقد وشكله متى كان شكليا وعلى ذلك يجب التمييز بين عقد الصلح و أداة إثباته المتمثلة في الورقة المكتوبة .

وكما سبق الحديث عنه [2] فإن عقد الصلح رضائي إذ لا يشترط لانعقاده شكلية معينة .

والجدير بالملاحظة و الإثارة في هذا المجال هو أن القانون المدني الفرنسي وكذا القانون المدني المصري قد أتيا بقاعدة خاصة في عقد الصلح إذ تنص المادة 552 من القانون المدني المصري :" لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي " وهي مقتبسة من المادة 2044 /2 من القانون المدني الفرنسي ، غير أن المستقر عليه في الفقه الفرنسي أن اشتراط الكتابة في الصلح هو للإثبات وليس للانعقاد . [3]

بينما بالرجوع للأحكام المتعلقة بالصلح فإن المشرع الجزائري لم يأت بأي إستثناء يتعلق بإثبات الصلح على غرار المشرعين الفرنسي والمصري كما سبق ذكره وفي ذلك إشارة إلى تطبيق القواعد العامة المتعلقة بالإثبات.

فهل المشرع الجزائري موفق فيما ذهب إليه بعدم إستحداث إستثناء للقاعدة ؟

لنا رأي في هذا الموضوع – مجتهدين لا جازمين - أنه كان على المشرع الجزائري إتباع التشريعين المصري والفرنسي في استحداث نفس الإستثناء للإثبات وذلك للأسباب التالية :

1 **السبب التاريخي** : إن إتباع المشرع الجزائري للمشرعين المصري والفرنسي في طرق الإثبات بالقواعد العامة يقتضي كدلك الإتباع في مثل هذا الإستثناء لدفع اللبس بين الأحكام .

---

* / سيكون الحديث عن الإثبات بالكتابة في عقد الصلح فقط دون التطرق الى التعريفات العامة للكتابة .

[1] / هذا اللبس وهذا الخلط يعود إلى عدم الدقة بالنص الفرنسي للمادة **324** من القانون المدني الجزائري حيث يرد لفظ **ACTE** على التصرف العقدي والشكل الذي يفرغ فيه ، والمشكلة أن هذا الخلط انتقل إلى النص العربي ، فالأجدر استعمال لفظ العقد على التصرف و " السند" أو "الورقة" على أداة إثباته.

[2] / انظر الصفحة **63** من هذا البحث .

[3] / يرى الأستاذ ريبير مثلا – محاضرات في القانون المدني الفرنسي – ص **810** :

*"Aux termes de larticle **2044**/ 2 : cet article fait pas de la transaction un contrat selment pour lexistance duquel lecrit serait une formalite essencielle ; lecrit nest exige que comme moyen de preuve."*

2 **السبب النظـري :** إن عدم وضع قاعدة خاصة لإثبات الصلح كما سبق ذكره تقتضي الرجوع للقواعد العامة للإثبات كلها وليس للكتابة فقط ، في حين أن أحسن طرق الإثبات هي الكتابة من حيث التقيد والحصر لمضمون الصلح .[1]

3 **السبب الموضـوعي** : مثل ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي التقنين المدني المصري الحالي[2] فإن الصلح جاء لحسم النزاع فلا يجوز أن يثير هو نزاعا آخر قد ينشأ بعد عدم ظهوره والمتصالحون يحرصون عادة على إثبات ما إتفقوا عليه لحسم النزاع في ورقة مكتوبة .

كما أن الصلح يتضمن عادة شروطا واتفاقات معقدة إذ هي ثمرة المساومات الطويلة والأخذ والرد فإذا تم الإعتماد في إثباتها على شهادة الشهود فإن ذاكرة الشهود قد لا تعي كل ذلك مما يستوجب تجنب هذا الموقف بالتصريح بإثبات عقد الصلح بالكتابة من خلال إشتراطها ضمن أحكام الصلح للإثبات.

4 **السبب التطبيقـي العملـي** : بالنظر إلى إجراءات الصلح أمام الجهات القضائية فإن المعمول به هو تدوين عقد الصلح المبرم بين الأطراف ، ومثاله ما يدونه القاضي بين الزوجين عند نجاح إجراء المصالحة بينهما إذ عندما يتفق الزوج مع زوجته بالتنازل عن التطليق أو الطلاق فإن القاضي يسجل ذلك[3] ضمن محضر الصلح الذي يمليه على كاتب الضبط و كذالك محاضر الصلح المكتوبة بين العمال وأرباب العمل خاصة أن عقد الصلح يرد على الأموال فإنه وجب تقييده بالكتابة وعدم ترك المجال لطرق الإثبات الأخرى التي تصل إلى درجة الكتابة في نجاعتها وإثباتها .

وخلاصة القول أن القاضي المطبق لأحكام المشرع فيما يتعلق بالصلح فإنه يطبق القواعد العامة للإثبات بدءا بالكتابة عند وجود نزاع حول إلتزامات ناشئة عن عقد الصلح يحتاج إلى إثبات وجوده وإثبات أحكامه وذلك إلى حين مراجعة المشرع الجزائري لهذه المسألة بالنص على الإستثناء الوارد في القانونين الفرنسي والمصري بكتابة عقد الصلح ليعود ذلك كأداة لإثباته .

ثانيا : البيـنة أو شهادة الشـهود

يكاد يكون من المسلم به إعتبار البينة هي الدليل المباشر بعد غياب الدليل الكتابي ، ولكن هناك بعض الفقهاء يرون عدم جواز إثبات الصلح بشهادة الشهود ولكل فريق رأيه وحجته في الموضوع .

---

[1] / عكس ما ذهب اليه الأستاذ سعيدي صالح في رسالته للماجستير حول الصلح في الصفحة **29** أنه يرجع لنص المادة **333** من القانون المدني الجزائري ، إذ لا يوجد ما يدل على الرجوع لهذه المادة دون غيرها وإذا قصدنا الكتابة فلمـاذا لا ينص عليها المشرع صراحة ضمن أحكام الصلح فيريح ويستريح ..!!.

[2] / مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء **04** – ص **447** .

[3] / سبقت الإشارة إلى ذلك في الصفحة **52** من هذا البحث.

ولعل من الجدير بالذكر التطرق ولو بإيجاز إلى الخلاف الموجود على مستوى الفقه والقضاء بين كل من فرنسا ومصر بأعتبارهما المصدرين المباشرين للتشريع الجزائري إلى حد معين ، إختلافهما حول مدى جواز إثبات الصلح بالبينة .

1/ الموقفان المصري والفرنسي حول البينة في إثبات الصلح :

يذهب الرأي السائد الآن في الفقه والمحاكم المصرية إلى جواز إثبات الصلح بالبينة و لو زادت قيمته عن النصاب المحدد للاثبات بالبينة [1] ، إذا وجد مبدأ إثبات بالكتابة أو وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي وإذا فقد سند الصلح لسبب أجنبي لابد له فيه، كل هذا طبقا للقواعد العامة في الإثبات بالكتابة [2] .

وكذلك يجوز إثبات الصلح بالبينة إذا لم تتجاوز قيمته النصاب القانوني المحدد للإثبات بالبينة بالقيود السابقة ، وإذا كان موضوع الصلح تجاريا فإنه يجوز إثباته بكافة وسائل الإثبات مهما بلغت قيمة العقد تطبيقا للقواعد العامة في الإثبات .

أما في فرنسا ، فقد ذهب جمهور فقهاء القانون المدني إلى أن نص المادة 2/2044 من القانون المدني الفرنسي التي توجب إثبات الصلح بالكتابة تمنع من إثباته بالبينة في جميع الأحوال حتى ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو كان الصلح واردا في المواد التجارية ، وتتلخص حجتهم خاصة في طبيعة عقد الصلح الذي يهدف أساسا إلى منع النزاع ، فلو أبيح إثباته بشهادة الشهود لأدى إلى إثارة النزاع بشأن إثباته ، كما أن عقد الصلح بما يحتويه من شروط وبنود مفصلة يستعصي استيعابها على ذاكرة الشهود .

غير أن القضاء الفرنسي لم يجار الفقه في هذا الاتجاه بل كان له شأن آخر حتى سنة 1864 كان القضاء منقسما على نفسه بين الرأي الذي اعتنقه الفقه والرأي المخالف . وفي سنة 1864 فإن محكمة النقض الفرنسية حين عرضت عليها المسألة لأول مرة أخذت بالرأي المخالف ، برأي جمهور الفقهاء إذ أجازت إثبات الصلح بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ومنذ هذا التاريخ إستقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على هذا الرأي . [3]

2/ موقف التشريع الجزائري حول إثبات الصلح بالبينة:

سبق وأن تطرقنا [4] إلى عدم اشتراط المشرع الجزائري كتابة عقد الصلح مثل التشريعين الفرنسي و المصري ، وعلى ذلك فإنه يرجع إلى القواعد العامة للاثبات إذا ماوجد نزاع حول وجود صلح يبين الأطراف ، وعلى ذلك فإن من الثابت أن قواعد الإثبات التي نص عليها المشرع الجزائري قد نظمها بنصوص محددة ،

---

[1] / هي محددة طبقا للمادة **60** من قانون **25 / 1968** المتضمن قانون الإثبات المصري بقيمة **20** جنيها.

[2] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص **417** .

[3] / بودري لاكنتزي – الموجز في القانون المدني – الطبعة التاسعة **1905** - الجزء **08** – ص **794** .

[4] / انظر الصفحة **63** من هذا البحث .

وبالتالي لايجوز الخروج على حكم هذه النصوص إلا حين يجيز المشرع ذلك بنص خاص يخرج فيه عن القواعد العامة ، وطالما لم يوجد هذا الاستثناء فلا يجوز الخروج عن القواعد العامة التي تجيز الإثبات بالبينة ، وإذا كان المناصرون لعدم جواز إثبات الصلح بالبينة يحتجون بعلة ذاكرة الشهود فيمكن القول أنه إذا ظل أحدهم فقد يذكره آخرون من الشهود الذين قد تعي ذاكرتهم تفاصيل عقد الصلح ، كما أن منع الإثبات بالبينة فيه تضييق لدائرة الإثبات في عقد الصلح الذي يحظى بمكانة هامة في الحياة العملية وقد تحول الظروف دون الكتابة خاصة عند عدم اشتراطها ويكون قد حضره بعض الشهود .

ويعزز هذا الرأي ما نراه على مستوى قضاة الموضوع الذين يجيزون إثبات الصلح بشهادة شهود ويقررون الالتزامات والحقوق التي يشهد عليها الشهود خاصة مع اتساع دائرة الصلح في أغلب المسائل والنزاعات .[1]

ثالثا : الإقـــــرار

تعرف المادة 341 من القانون المدني الجزائري الإقرار بما يلي :

" الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة " [2]

وقد أجمع الفقه على جواز إثبات عقد الصلح بالإقرار ولم يرد رأي مخالف لهذا الإجماع .[3]

ودون التطرق إلى أقوال الفقهاء في هذا المجال نكتفي بالقول ببداهة هذا الموقف لأن القاضي عند الادعاء بوجود صلح و بوجود التزامات وحقوق ناشئة عنه فإن يسأل المدعى عليه بغية عدم إنكاره فإذا أنكر تطرق القاضي إلى باقي وسائل الإثبات ، وعليه فإن المدعى عليه إذا أقر بواقعة الصلح فإن القاضي يعتبر هذا حجة قاطعة لا تدع لديه الشك والاستمرار في الدعوى بل يقضي للمدعي بادعاءاته لعدم إنكار المدعى عليه وإقراره بالصلح، وهذا العمل القضائي يعد تطبيقا لنص المادة 342 /1 من القانون المدني الجزائري التي تنص :

" الإقرار حجة قاطعة على المقر"

ومن هنا وجب اعتبار الإقرار من أهم أدلة إثبات الصلح لا يقل أهمية عن الكتابة والبينة لقطعيته ولعدم الاختلاف حول جوازه و نجاعته .

رابـــعا : اليمـــــين

تنص المادة 343 من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

---

[1] / ذلك أن النزاعات التي تحظى بالأهمية من حيث النوع والكم تتراوح بين مسائل الطلاق ومنازعات العمل والمنازعات الإدارية والمنازعات التجارية وهي وغيرها تعد مجالات خصبة لترتيب الصلح بين الأطراف .

[2] / مطابقة لنص المادة **103** من قانون الإثبات المصري وتناولها المشرع الفرنسي في المادتين **1354** ، **1356** من القانون المدني.

[3] / محمد كامل مرسي – المرجع السابق – ص **369** .

" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك ".
وانطلاقا من القواعد العامة للإثبات فإن ما تم الاجماع عليه في الفقه هو جواز إثبات عقد الصلح باليمين لأنها تقوم مقام الكتابة .[1]

ويكاد يكون هذا الرأي هو السائد في فرنسا باستثناء رأي الفقه "ترولونج" حيث لا يجيز إثبات الصلح باليمين ، ويري أن الطبيعة الخاصة لعقد الصلح اقتضت إثباته بالكتابة منعا لأي نزاع يثار بشأن تصرف يهدف إلى إنهاء النزاع بين الأطراف وأن اليمين الحاسمة كوسيلة من وسائل الإثبات تتعارض مع طبيعة الصلح إذ أن اليمين تفترض وجود خلاف حول الإثبات طبقا لنص القانون وأن عدم كتابة الصلح يعد قرينة على عدم جديته ولا يدحض هذه القرينة إلا الإقرار بالصلح .[2]

لكن هذا الرأي زيادة على شذوذه فإنه يعتمد على اشتراط القانون كتابة الصلح وهو الأمر المنعدم لدى التشريع الجزائري فعدم وجود نص خاص لا بالكتابة ولا لباقي وسائل الإثبات إزاء عقد الصلح فيه يفتح السبيل للرجوع إلى القواعد العامة للإثبات التي لا تتعارض في طبيعتها مع النزاعات التي يثيرها عقد الصلح .
ومما يؤكد جواز إثبات الصلح باليمين هو الواقع القضائي الذي نلمس فيه إعمالا لليمين إذ قد يوجه القاضي اليمين مثلا للزوجة عند ادعاء الزوج بالصلح معها وكانت قد طلبت التطليق ، ويقرر بعد ذلك عدم قبول طلبها بعد نكولها مما يدل على جواز إثبات الصلح باليمين.[3]

خامسا : القـــرائـن

لاشك أن الحديث عن جواز إثبات الصلح بالقرائن يستدعي التطرق إلى القرائن القضائية فقط بالدراسة ، ذلك أنه القرائن القانونية وسيلة لاشك في دلالتها لإثبات الصلح وذلك استنادا لنص المادة 337 من القانون المدني الجزائري التي تنص : " القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات" فهذا النص يغني عما سواه في جواز إثبات الصلح بالقرينة القانونية .
أما عن القرائن القضائية فتنص المادة 340 من القانون المدني الجزائري :
" يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ".
يستخلص من هذا النص أن القرائن القضائية هي في قوة البينة أو شهادة الشهود من حيث الحجية في الإثبات ، وعليه فإننا نكتفي بعدم الإطالة في هذا المجال بالقول أن الخلاف الذي ثار حول مدى جواز إثبات الصلح بالبينة [4] يقود إلى نفس الموقف حول

---

1 / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء **05** – ص **528** ./ محمد كامل مرسي – المرجع السابق – ص **369** .

2 / ترولونج – شرح القانون المدني الفرنسي – ص **568** .

3 / المقصود بإثبات الصلح باليمين إثباته بالنكول عنها فكلا الأمرين يفيدان إعمال القاضي لليمين لإثبات الصلح .

4 / يرجع الصفحة **161** من هذا البحث .

القرائن القضائية ، وبعبارة أخرى فقد ثار خلاف حول إثبات الصلح بالقرائن القضائية بين مؤيد ومعارض لذلك نستغني عن الحديث عنه .

وما يهمنا - بالنظر إلى التشريع والقضاء الجزائريين – هو أن عدم اشتراط المشرع الجزائري لطرق خاصة لإثبات الصلح فإن هذا يصرف النظر بل يستلزم الرجوع إلى القواعد العامة للإثبات ومثلما خلصنا إلى إمكانية إثبات الصلح بالبينة فإنه يمكن القول بجواز إثبات الصلح بالقرائن القضائية خاصة بالنظر إلى المعمول به على مستوى القضاء .

المطلب الثالث

مقارنة إثبات الصلح بين الفقهين الإسلامي والوضعي

إن دراسة إثبات عقد الصلح في كل من الفقهين الإسلامي والوضعي سيما التشريع الجزائري على وجه الخصوص يستوجب طرح بعض الملاحظات المتراوحة بين أوجه للاختلاف وأخرى للتشابه بل للتماثل بينهما فيما يتعلق بوسائل الإثبات محل الدراسة السابقة . وعليه يمكن تسجيل النتائج والملاحظات الآتية :

أولا : حول حماية المتصالح بتنوع وسائل الإثبات

نلاحظ الحماية القانونية ومن ثم الحماية القضائية للمتمسك بعقد الصلح المدعي به وذلك في كل من الفقهين الإسلامي والوضعي وكذلك في التشريع الجزائري ضمن القواعد العامة للإثبات وهذه الحماية مردها إلى تنوع وسائل الإثبات بين الكتابة والبينة والإقرار واليمين والقرائن ، فالمدعي بحقوق والتزامات ناشئة عن عقد صلح إذا امتنعت عليه وسيلة للإثبات لجأ لأخرى ومن ثم فإن وسع مجال الإثبات سيعطيه لا محالة الظفر بالحقوق المدعي بها والناشئة عن عقد الصلح .

ثانيا : حول تفاوت الأخذ بوسائل الإثبات

إن ما يجب ذكره في هذا الصدد أن تعدد طرق الإثبات لعقد الصلح في كل من الفقهين الوضعي والإسلامي لا يعني تساوي هذه الوسائل من حيث حجيتها ومرتبتها وأثرها في الإثبات، وعدم التكافؤ هذا ظاهر بالنظر إلى هذه الطرق فيما بينها أو بمقارنتها في الفقهين محل المقارنة خاصة من حيث التطرق إليها ومرتبتها.

ففي الفقه الإسلامي فإن سير الدعوى الشرعية يتم بأمر من القاضي للمدعي بذكر دعواه وخصمه فإذا ادعي المدعي بوجود حقوق ناشئة عن عقد صلح فإن القاضي بعد ذلك يسأل المدعي عليه عن هذه الدعوى فإما أن يقر بها أو ينكرها فإذا أقر بها لزمته الالتزامات المقابلة لحقوق المدعي لأن الإقرار حجة على المقر ، وإذا أنكر المدعي عليه الدعوى يطلب القاضي من المدعي إثبات دعواه لأنه القاعدة أن " البينة على من أدعى" فحينئذ يمكن القاضي المدعي من أمرين على التوالي : إما تقديم شهود على دعواه وإذا لم يمكنه ذلك مكنه القاضي من يمين المدعي عليه ، فإذا حلف

المدعى عليه لم يثبت عقد الصلح وتسقط الدعوى، أما إذا نكل عن اليمين ألزمه القاضي بعقد الصلح المدعى به أو يرد اليمين على المدعي .
و ما يجب تبيانه أن الكتابة في الفقه الإسلامي تعتبر بلا نزاع من أقوى أدلة الإثبات على عكس ما ذهب القائلون بتأخيرها عند الشهادة [1] ، أما فيما يتعلق بالقرائن فإن المعتد هو القرائن القاطعة .
وما يجب ملاحظته أن هذا السير للدعوى الشرعية يعد تطبيقا منهجيا سليما لوسائل الإثبات الواردة بالقواعد العامة فيه .
أما في الفقه الوضعي – وكما سبقت الإشارة إليه – فإن طرق الإثبات متراوحة بين أحكام خاصة بالصلح و أحكام متعلقة بالقواعد العامة .
وتعتبر الكتابة من أقوى أدلة الإثبات خاصة من المنظور العلمي فهي تعتبر حجة قاطعة متى لم يطعن فيها من وجهت ضده ، وانفرد التشريع الجزائري بعدم اشتراط كتابة عقد الصلح مثلما هي الحال بالنسبة للتشريعين الفرنسي والمصري وغيرهما فعند فقد هذا الدليل يسأل القاضي الخصم عن موضوع الدعوى يريد إقراره بها فإذا أقر أقام عليه مضمونها و إذا أنكر طالب القاضي المدعي بتقديم الدليل على دعواه فيكون له الحق في استعمال البينة واليمين –كما هي الحال بالنسبة للفقه الإسلامي – زيادة على إمكانية استعمال القاضي للقرائن القانونية والقضائية لإثبات وجود عقد صلح بين الأطراف .
ومما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق للمقارنة أن اشتراط الكتابة لعقد الصلح في بعض التشريعات كالتشريع المصري لا نظير له في الفقه الإسلامي .[2]

ثالثا : حول الصلح القضائي وغير القضائي

من الملاحظ في كلا الفقهيين الإسلامي والوضعي هو إمكانية وقوع الصلح وإثباته في مجلس القضاء وهو ما يعرف بالصلح القضائي وفي هذه الحالة يصادق عليه القاضي ويوثق ويحرر ما وقع أمامه من حقوق والتزامات متصالح علبها كما يمكن أن يكون في كلا الفقهيين غير قضائي بحيث يتم التصريح به خارج مجلس القاضي فيقرره هذا الأخير بإقرار الأطراف له.

رابعا : حول درجة وقوة دلائل الإثبات

من خلال المقارنة بين الفقهين من حيث وسائل الإثبات نرى أنها أكثر مرونة بعقد الصلح في الفقه الإسلامي وأنها تستجيب لحاجات التعامل ، فالفقه الإسلامي يرى أفضلية إثبات الصلح بالكتابة لقوله تعالى (و لا يضار كاتب ولا شهيد) [3]
وإن تعذر ذلك فيمكن له إثباته بوسائل الإثبات الأخرى .

---

[1] / انظر الصفحة **152** من هذا البحث .

[2] / يس محمد يحيى – المرجع السابق - ص **447** .

[3] / الآية **282** من سورة البقرة .

غير أن الفقه الوضعي والتشريعات الحديثة قد وضعت قيودا باشتراط كتابة عقد الصلح فسحت المجال لوجود اختلافات بين الفقه والقضاء حول جواز استعمال الدلائل الأخرى للإثبات .

خامسا: حول الكتــابة كدليل للإثبات

مما يجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري -كما سبق الحديث عنه - [1] لم يشترط الكتابة ولم يأت باستثناء ولا قيد حول إثبات عقد الصلح مما يستوجب الرجوع للقواعد العامة وفي رأيي أن المشرع الجزائري لم يمكن لهؤلاء ولا لهؤلاء ، فلا هو اشترط الكتابة كباقي التشريعات فيجاريها فقها وتشريعا وقضاء ، ولا هو جارى الفقه الإسلامي في أفضلية الكتابة ، وهذه الوضعية الشاذة لا نجد لها تبريرا مقنعا بل هي تضع القاضي أمام موقف يتميز بفراغ توجيهي تشريعي و من ثم فهي تزيد من عمله تعقيدا وإطالة للنزاع بالنظر إلى كم النزاعات الأخرى ونوعيتها.

وعلى ذلك فإننا نقترح أن يتناول المشرع إثبات الصلح من ناحية الكتابة بصيغة لا تتضمن الوجوب بل تفيد أفضلية كتابة عقد الصلح بين الأطراف ولو بلفظ الجواز كأن ينص مثلا " يجوز أن يكون عقد الصلح مكتوبا " أو " يشترط في عقد الصلح أن يكون مكتوبا ما لم يتفق طرفاه على ذلك " أو غير ذلك من الصيغ التي تبين تمسك المشرع بحل وسط مثالي يجد تأييدا في الفقه الإسلامي بأفضلية الكتابة من جهة ، ومن جهة يكون قد تفادى ما وقع فيه الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا بعد اشتراطهما كتابة الصلح بمحضر رسمي بالنصوص التشريعية .

وهذا الاقتراح يكون أقرب إلى الصورة العملية لعقد الصلح وهو يحمل أسهل السبل لتمكين القاضي من فض النزاع بصورة واضحة وذلك بوضوح الصلح في صورته المكتوبة دون أن يطيل النزاع بالتطرق إلى وسائل الإثبات الأخرى ، وهذا التصور يوافق المبدأ الإسلامي الفقهي القديم القائل :

" لو أنصف الناس استراح القاضي وبات كل عن أخيه راضي".

[1] / انظر الصفحة **162** من هذا البحث .

المبحث الثالث

إنقضـــــاء عقد الصـــلح

إن الدراسة الشاملة للعقد تقتضي النظر في كل جوانبه ، فبعد أن تطرقنا إلى مفهوم الصلح من حيث تعريفه وخصائصه وعناصره التي يقوم بها ، وبعد أن تناولنا بشيء من التفصيل أثر الصلح في إنـــهاء النزاع ، فإن حديثنا عن تكوين عقد الصلح وأركانه يقتضي كذلك التطرق إلى المظاهر والجوانب والأسباب التي ينقضي بـها عقد الصلح.

وعلى ذلك فـإننا نقتصر في هذا المبحث على دراسة وجهين رئيسيين لانقضاء الصلح هما فسخه وبطلانه ، وذلك وفق منهج الدراسة في الفقـــهين الإسلامي والوضعي.

والنظرة العملية القضائية هي مرجعنا في الاقتصار على الفسخ والبطلان إزاء الصلح ، لأنـهما الصورتان الأكثر شيوعا ، وسنتناولـهما كالآتـــي :

المطلب الاول : إنقضاء الصلح في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني : إنقضاء الصلح في الفقه الوضعي .

المطلــب الثالــث : مقارنـــة انقــضاء الــصلح بــين الفقهــين الإســلامي والوضعي.

المطلب الأول

انقضاء الصلح في الفقه الإسلامي

إن انقضاء الصلح في الفقه الإسلامي يكون بعدة أسباب ومظاهر، لكن - وكما سبق تقديمه - يعد الفسخ والبطلان محور اهتمام الفقـــهاء على وجه الخصوص .

وبديهي أن ينقسم البحث إلى جانبين أحدهما لفسخ الصلح والآخر لبطلانه.

أولا : فســخ عــقد الصلـــح

أول ما يجب تبيانه هو أن مجال الفسخ ينحصر في عقود الصلح المتضمنة لمعنى المعاوضة ، فللطرفين أن يتفقا على فسخ العقد ويسمى الفسخ في الفقه الإسلامي عند هذه الحالــة إقالــة.

1 / فسخ عـقد الصلح مع لـزومه

سبق وأن تعرضنا ضمن خصائص عقد الصلح أنه عقد لازم [1] أي ملزم لجانبين ، ومنه لا يمكن لأحد المتعاقدين الانفراد بفسخه متى كان العقد قائما وصحيحا ومتضمنا نزولا متبادلا من الطرفين ، وبمفهوم المخالفة فإن الفسخ في عقود المعاوضة اللازمة أي الملزمة للجانبين لا يكون إلا باتفاق ورضا المتصالحين .

وتثــار مسألة في هذا الجانب عن إمكانية فسخ الصلح في حالة الاستحقاق ، أي إذا استحق المدعي المتصالح الدعوى التي أقــامها قبل الصلح بحيث ظهر بعد الصلح ما يــثبتها ويــقيمها هل يجوز له فسخ عقد الصلح . وهنا وجب التميــيز بين صورتــين :[2]

<u>الصورة الأولى</u> : إذا كان بدل الصلح وموضوع الدعوى المنتهية بالصلح مما لا يتعين بالتعيين فهنا لا يفسخ الصلح فإذا استحق بعض موضوع الدعوى أو كلها رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بكله ، وإذا استحق بدل الصلح أو بعضه رجع المدعي بكل موضوع الدعوى أو ببعضه وذلك سواء أكان الصلح عن إنكار أو عن إقرار.

<u>الصورة الثانـية</u>: وهي إذا كان بدل الصلح وموضوع الدعوى مما يتعين بالتعيين ، فهنا لا مناص من فسخ الصلح ، ونفرق هنا بين الصلح عن إقرار وعن إنكار.

فإذا كان الصلح عن إقرار ثم استحق بدل الصلح كله أو بعضه يرجع المدعي على المدعى عليه بكل المدعى به أو بقدر المستحق إذا استحق بعضه ، وإذا استحق المدعى به كله أو بعضه يسترد من بدل الصلح الذي قبضه المدعي مقدرا ما أخذ بالاستحقاق من المدعى عليه إن كلا فكلا وإن بعضا فبعضا.

وإذا كان الصلح عن إنكار ثم استحق بدل الصلح كله أو بعضه يرجع المدعي بالدعوى كلا أو بعضا على حسب القدر المستحق وإذا استحق المدعى به كله أو بعضه رجع المدعى عليه بمقابلة من العوض على المدعي ويرجع المدعي بالخصومة فيه والدعوى على المستحق.

ولـــعل المسائل التي يجب توضيحها في هذا المـــجال هو التمييز بين الفسخ و الإنفساخ في الفقه الإسلامي والذي يتقارب معه .

[1] / انظر الصفحة 61 من هذا البحث .

[2] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص 592 ، 593 .

فقد ينفسخ العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى فسخه في حالة ما إذا هلك محل الصلح هلاكا كليا فإن عقد الصلح ينعدم بطبيعته لانعدام محل العقد ولا تكون ثمة فائدة من توجه المتصالح الى فسخه.
أما إذا كان الـــهلاك جزئيا فإن العقد يكون في حاجة إلى الفسخ ، الذي يكون إثر قيام أحد المتعاقدين إلى فسخه دون اشتراط حضور المتعاقد الآخر ، كما قد يكون بحكم القاضي إثر طلب المتعاقد فسخ العقد .[1]

2 / تضييق نطاق فسخ عقد الصلح

من المقرر في الفقه الإسلامي أنه إذا أخل أحد المتصالحين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن الصلح فإنه لا يمكن للمتعاقد الآخر طلب فسخ العقد ، بل إن الــعقد يبقى قائما ويجبر المخل بالتزاماته بتنفيذها .[2] وعليه لا يمكن لأحد المتصالحين الانفراد بفسخ الصلح بل يجب أن يكون الفسخ بتراضي الطرفين وموافقتهما وهذا ما يعرف بالإقــالة أو التقــايل .
وذلك بناء على أن الفسخ لا يطبق إلا في العقود الملزمة للجانبين أي ما يعرف في الفقه الإسلامي بالعقود اللازمة، وعلى ذلك هناك من يرى بأن نظرية الفسخ تضاءلت في الفقه الإسلامي على عكس الفقه الوضعي،[3] فليس للمتعاقد الذي أخل صاحبه بالتزاماته إلا أن يطالبه بالتنفيذ أو بالضمان حسب الأحوال ويبقى العقد قائما ولا يفسخ مثلما هي الحال بالنسبة لعقد الصلح . إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءان :
<u>الأول</u> : عند انعدام محل الصلح بهلاكه كليا أو جزئيا أو لحقه عيب أنقص من مقداره ، ومنه فإن إصابة محل الصلح بشيء يؤثر في قوة الصلح كله يعرضه للفسخ بناء على طلب المتصالح المضرور.
<u>الثاني</u>: إذا كان النزاع قد انتهى بين الطرفين بإبرام صلح بينهما واقع على إيجار بمنفعة فإنه تبعا للأسباب التي يفسخ بها عقد الإيجار كموت أحد المتعاقدين ، يمكن أن يفسخ عقد الصلح هنا لعدم تمام الفائدة من الإيجار والانتفــاع به.

3 / آثـار فسخ عقـد الصـلح

إذا ترتب الفسخ بعد انعقاد الصلح الذي كان صحيحا من حيث أركانه وشروطه ، فإن المتعاقدين يعودان إلى الحالة التي كانا عليها قبل الصلح ويعتبر العقد كأن لم يكن .

---

[1] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص 597 .
[2] / هذا عكس الفقه والتشريع الوضعيين اللذين يظهر فيهما إمكانية طلب الفسخ عند عدم التنفيذ .
[3] / عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي – المرجع السابق – ص 230 .

وهنا نميز بين ما إذا كان الصلح عن إقرار فإن المدعي يرجع على المدعى عليه بموضوع الدعوى الذي أقر به ، وإذا كان الصلح عن إنكار فإن المدعي يعود إلى دعواه من جديد .

ثانيا : بطـــلان عقد الصـــلح

1 / بطـلان عقد الصلح وفسـاده :

إنطلاقا من أركان عقد الصلح وشروطه وبناء على التراضي خاصة القائم على صحة الإيجاب والقبول فإن العناصر اللازم توافرها لصحة وتمام عقد الصلح هي تطابق الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد بين المتصالحين وإمكانية تسليم محل العقد وتعيينه أو قابلية تعيينه وصلاحيته للتعامل فيه وقيام الصلح بسبب مشروع ومقبول.

فعند توافر هذه العناصر يقوم الصلح ويصح وبتخلف أحدهما فإن الصلح يبطل .

وما تجب الإشارة إليه هو أنه في سائر المذاهب الفقهية فإن الصلح يترادف مع الفسخ باستثناء [1] المذهب الحنفي ـ كما هو معلوم ـ إذ يفرق بين الفساد والبطلان فلديهم أن العقد إذا لم يكن مشروعا بأصله فهو باطل وإذا كان مشروعا بأصله وغير ذلك من حيث وصفه فهو عقد فاسد.

وعليه إذا اكتشف بعد إبرام الصلح وانعقاده عيب في إرادة المتصالح كغلط أو إكراه فإن الصلح يكون باطلا.

2 / مظاهر بطلان عقد الصلح

إختلف الفقهاء بـين مقيدين ومطلقـين لحالات ومظاهر بطلان الصلح .

فمن المقيدين الإمام الكاساني إذ يقول : " وأما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح **أشـياء** ..." [2] ويظهر من هذا أنه حصرها في أشياء محددة وحالات محصورة وهي الإقالة وإلحاق المرتد بدار الحرب والرد بخيار العيب والرؤية والاستحقاق وهلاك أحد المتعاقدين " المتصالحين " في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة.

ونكتفي بهذا الرأي في الخروج عن الإجماع لأن العنصر الواحد القائم يكفي لإثبات النفي والخروج.

غير أن الذي يكاد يكون مجمعا عليه ـ وهو الراجح عندنا ـ أنه يجب إطلاق حالات بطلان الصلح وذلك بسبب تعذر حصرها و الأولى هو تطبيق القواعد العامة في

---

[1] / لعل هذا ما دعى إلى الخلط الموجود في قانون الأسرة الجزائري في بعض مواده ، إذ لـم يستطع المشرع الميـل لأحد الأمرين : مفهوم الشريعة الإسلامية أو مفهوم الفقه والقوانين الوضعية للبطلان والفساد .

[2] / الإمام الكاساني – المرجع السابق - ص 54 ، 55 .

الفقه الإسلامي الخاصة ببطلان العقد وفساده عند غير أصحاب المذهب الحنفي وقواعد بطلان العقد عند هؤلاء.

3 / آثـار بطلان عقد الصلح

إن بطلان الصلح يقود إلى نفس النتائج والآثار التي سبق تناولـها في دراستنا للفسخ بحيث يعاد المتصالحان إلى ما كانا عليه قبل الصلح ، فإذا كان الصلح عن إقرار فإن المدعي يرجع على المدعى عليه بموضوع الدعوى المقر به وإذا كان الصلح عن إنكار فإن المدعي يتمسك بدعواه.

المطلب الثاني

إنقضاء الصلح في الفقـه الوضعي

كما سيأتي بيانه فإن انقضاء عقد الصلح بالفسخ أو بالبطلان يخضع للقواعد العامة في هذا المجال بصفة مطلقة بالنسبة للفسخ ، وبصفة نسبية للبطلان لوجود بعض الإستثناءات والقواعد الخاصة فيه ، وسنتعرض لـهما فيما يأتي .

أولا : فســخ عقد الصــلح

1 / جـواز فسخ الصـلح :

قد يمتنع أحد الطرفين عن تنفيذ العقد بعد إبرامه ، وهذا الامتناع عن التنفيذ يكون إما بعدم قيام أحد الطرفين بما التزم به في الصلح ، و إما بتجديد الدعوى التي فصل فيها الصلح وهذه الحالة هي صورة عملية للأولى ، فعند عدم التنفيذ يكون للمتعاقد الآخر طلب فسخ الصلح.

غير أنه ثار خلاف بين الفقهاء حول جواز فسخ الصلح إذا كان كاشفا للحقوق ، بحيث يرى أصحاب النظرية التقليدية للأثر الكاشف أن الصلح هو إقرار وإخبار لا إنشاء فلا

يتصور فسخه ولكن الرأي الذي يتصدر الفقه هو جواز فسخ الصلح [1] شأنه في ذلك شأن العقود الملزمة للجانبين [2] إذ لا تعارض بين جواز الفسخ والأثر الكاشف مادام الفسخ قائما على عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة المرتبطة ببعضها [3]، ومما جعل هذا الجواز قائما ومؤيدا هو النظرية الحديثة للأثر الكاشف التي تستبعد فكرة الإقرار وتحلله على أنه تنازل عن حق الدعوى.[4]

2 / تطبيق القواعد العامة في فسخ الصلح

إن تكييف الصلح من جملة العقود الرضائية وفي غياب نص خاص بفسخ عقد الصلح، فان المعمول به هو تطبيق القواعد العامة المقررة في فسخ العقود على الصلح ، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الفسخ في المواد من **119** إلى **123** من القانون المدني الجزائري، وعليه إذا أخل أحد الطرفين بالتزامه جاز للطرف الآخر أن يطلب إما تنفيذ العقد إذا كان التنفيذ العيني لأحكام الصلح ممكنا ، و أما طلب فسخ الصلح مع الحق في طلب التعويض في كلتا الصورتين متى كان مؤسسا . وتطبيقا للقواعد العامة كذلك يجوز للقاضي أن يمنح الطرف الممتنع عن التنفيذ أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، وإذا كان ما لم يوف به الطرف المخل بالتنفيذ قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في عمومه فللقاضي أن يرفض طلب الفسخ .

وقد يكون من جملة الشروط الواردة في عقد الصلح اتفاق الطرفين على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزامات الواردة بعقد الصلح.

ومادام فسخ الصلح جائزا بتطبيق القواعد العامة الواردة بصدد فسخ العقود فيترتب على الحكم به زوال الصلح وعودة المتصالحين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامهما للصلح ، أي يعود النزاع للظهور بينهما كأن الصلح لم يكن ، فإذا استحال رجوعهما للحالة الأولى فإن القاضي يحكم بالتعويض المناسب لذلك.

تبقى الإشارة إلى الفسخ الثنائي بصورته الرضائية للصلح الذي يكون بالتقايل بين الطرفين لرجوعهما إلى ما كانا عليه قبل الصلح .

---

[1] / مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري – الجزء **04** – ص **464** .

[2] / عبد الرزاق السنهوري –الوسيط- الجزء **05** – ص **578** - /- أكثم الخولي – المرجع السابق – ص **67** .

[3] / **عبد الكريم بلعيور** – نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري والمقارن –المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر **1986** ص **161.**

[4] / أنظر الصفحة **135** من هذا البحث .

ثـانيـا: بطـــلان عقد الصـلح

يمكن تقسيم القواعد المطبقة بشأن بطلان الصلح إلى نوعين ، قواعد عامة يرجع فيها لأحكام بطلان العقد بصفة عامة ، و قواعد خاصة واردة بصدد أحكام عقد الصلح في القانون المدني الجزائري.

1 / تطبيق القواعد العامة لبطلان الصلح :

بالرجوع إلى أحكام العقد في القواعد العامة فإن البطلان المطلق لعقد الصلح يقوم عند انعدام أحد أركانه أو كان سببه أو محله غير مشروع أو غير صحيح الشروط ، و على ضوء النظرية العامة لبطلان العقود فإن الصلح الباطل مطلقا لا ينتج أثره و يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به و تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها و لا تجوز فيه الإجازة .

و يكون البطلان نسبيا في وجود الأركان لكن لعدم صحة التراضي بوجود عيب من عيوب الإرادة مثلا أو لنقص أهلية المتعاقد ، ومنه إمكانية الإجازة و لا يتمسك به إلاّ من لحق إرادته عيب فقط .

و بالجملة فإن عقد الصلح يعتبر مجالا لتطبيق أحكام البطلان المطلق و النسبي متى تحققت مظاهرهما ، و عليه فإنه يرجع للقواعد العامة في هذا المجال حول بطلان الصلح ، مع وجود قواعد خاصة نص عليها المشرع بصدد تنظيم أحكام عقد الصلح يأتي الآن الحديث عنها .

2/ قواعد خاصة حول بطلان الصلح :

أ / عدم تجزئة الصلح حين بطلانه :

تنص المادة **466** من القانون المدني الجزائري على ما يلي :

" الصلح لا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كلّه .

على أن هذا الحكم لا يسري إذا تبين من عبارات العقد أو من قرائن الأحوال أن المتعاقدين قد اتفقا على أن أجزاء العقد مستقلة بعضها عن بعض ".

دون التطرق إلى العمق التاريخي لهذا المبدأ في الفقه و القضاء فإن مدلوله يتمثل في انعكاس وحدة العقد من حيث شروطه و أحكامه على أجزائه من حيث بطلانها ، فبطلان جزء من عقد الصلح أو أحد المتصالحين يجعل من العقد كله باطلا في باقي الأجزاء التي تظهر سليمة و مشروعة و باقي الأطراف ، فإذا أبرم جملة من الأشخاص صلحا بينهم و كان أحدهم قاصرا ، فإن بطلان الصلح من أجل القاصر يؤدي إلى بطلان كامل الصلح كله بما فيه باقي الأجزاء و باقي الأطراف .

و لقاعدة عدم تجزئة بطلان الصلح أساس يقوم على عناصر الصلح نفسه ، فالعنصر الجوهري للصلح هو النزول المتبادل في هذا العقد عن جزء من الحقوق ، و عليه

فإن شروط وأحكام العقد مترابطة ببعضها مشكلة لوحدة متكاملة ، فالخلل الذي يصيب أحد جوانبه يقود إلى بطلان العقد كله .

و مما يجب توضيحه في هذا الصدد أن هذا المبدأ متوقف على إرادة الطرفين و ليس من النظام العام و لذا فإن المادة 466 السابق ذكرها قد أوردت استثناء لهذا المبدأ وهو إمكانية اتفاق المتصالحين على تجزئة البطلان و استقلال أجزائه عن بعضها البعض بمنظور عبارات العقد أو ظروفه ، أي أن بطلان جزء من العقد لا يؤدي إلى بطلان الأجزاء الأخرى .

ومما يكون في سياق هذا الحديث هو مقارنة هذا المبدأ و مرونته حسب إرادة المتصالحين مع قاعدة إنقاص العقد المنصوص عليها في المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي تنص :

" إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، إلاّ إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله ".

و مما يلاحظ بمقارنة المادتين 104 و 466 من القانون المدني الجزائري هو توافقهما من حيث المبدأ و الاستثناء ، فعقد الصلح لا يتجزأ في بطلانه نظرا لطبيعته و لتقابل الالتزامات فيه مما يقتضي قيام كل ركن بقيام الآخر مما يقتضي بطلانها بتبعيتها لبعضها البعض ، وهذا هو الاستناد الوارد في المادة 104 من القانون المدني الجزائري ، و مرونة هذا المبدأ بإمكانية الاتفاق على تجزئة بطلان الصلح تظهر في المادة 104 من القانـــــون المدني الجزائري في الفقرة الأولى ، وهذا التوافق - ولو كان عكسيا لطبيعة الأحكام - يفسر سلامة مبدأ عدم تجزئة البطلان في الصلح و موافقته لطبيعة العقد و الجانب العملي في حفظ المراكز القانونية و جعلها ضمن قاعدة مكملة خاضعة لإرادة المتصالحين وهذا يتوافق كذلك مع الغرض من الصلح ، فهو مغنم للمتخاصمين وجب الحفاظ عليه بحفظ أجزائه و ترابطها ، وحسنا فعل المشرع - كسائر التشريعات - حين علق المبدأ على إرادة المتصالحين.

ب/ عدم جواز الطعن في الصلح لغلط في القانون :

تنص المادة 465 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون "

و الغلط وهم يقع في ذهن المتعاقد فيريه الأشياء على غير حقيقتها .[1] ومن المقرر في القواعد العامة أن الغلط يصيب إرادة المتعاقد فله حق طلب إبطال العقد مثلما نصت عليها المادة 81 من القانون المدني الجزائري: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد ، أن يطلب إبطاله ".

كما أجاز المشرع الجزائري ضمن إبطال العقد إمكانية ذلك عند الغلط في القانون متى وافق شروط قيامه شروط الغلط في الواقع ، ضمن المادة 83 من القانون المدني الجزائري :
" يكون العقد قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و 82 ما لم يقضي القانون بغير ذلك "

[1] / عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء 01 – ص 210

فهذه العبارة الأخيرة هي التي تجد مكانا لها في المادة 465 من القانون المدني الجزائري التي أوردت الاستثناء بعدم جواز الطعن في الصلح بالإبطال لغلط في القانون .
وقد ثار جدال متباين في الفقه حول إيجاد أساس قانوني أو عملي لهذا الاستثناء بتبريره [1] غير أن الأقرب إلى الصواب من الناحية العملية خصوصا هو توافق هذا الاستثناء مع طبيعة عقد الصلح ، و أرى سلامة هذا النصّ لعدة تبريرات سبق الكشف عنها من الفقهاء ، لأن تحول المتخاصمين اللذين كانا في أشد الخصام إلى متصالحين مظهر أمر وجب الإبقاء عليه تجاوز الغلط في القانون من أجل صيانته ، وكذا ندرة وقوعه لتدخل رجال القانون وخاصة القضاة في إبرامه بين المتخاصمين ، و ممّا يكفي لتبرير هذا الاستثناء أنه مظهر للتوافق مع القواعد العامة لتوافقه مع توقيف المشرع نص المادة 83 من القانون المدني الجزائري على عدم النص على غيره .

المطلب الثالث

مقارنة انقضاء الصلح بين الفقهين الإسلامي و الوضعي

ظاهر من التحليل المتواضع الذي سبق حول انقضاء الصلح بالطريقتين اللتين تناولناهما وهما الفسخ والبطلان ، أن الفقهين الإسلامي والوضعي يتفقان في وجوه ويختلفان في أخرى حول القواعد المطبقة بشأن الفسخ والبطلان .

أولا: حول فسخ عقد الصلح

سبق الحديث عن اقتصار الفسخ على عقود المعاوضة بشيء من التفصيل في الأحكام ، و أن الفسخ في الفقه الوضعي يكون في مجال عقود المعاوضة و الملزمة للجانبين وعلى ذلك ـ مع ما سبق تفصيله ـ [2] فإن ما يجدر التنويه به في سياق المقارنة بين الفقهيين ، أن الفسخ في الفقه الوضعي يكون في العقود التبادلية على أساس الارتباط بين الالتزامات المتقابلة للمتعاقدين فيكون طلب أحدهما للفسخ نتيجة عدم تنفيذ الآخر للالتزامات المقابلة و هذا الارتباط هو أساس طلب الفسخ .
بينما لا وجود لفكرة الارتباط كأساس للفسخ في الفقه الإسلامي فعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه لا يمنح الحق للمتعاقد الآخر سوى طلب التنفيذ أو الضمان ، و عليه يمكن القول أن الفسخ يجد تطبيقه بصورة أوسع في الفقه والتشريع الوضعيين .
بينما يشترك كل من الفقهيين الإسلامي و الوضعي في أثر الفسخ من حيث رجوع المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل الصلح.

---

[1] / يس محمد يحيى – المرجع السابق – ص 252 .

[2] / انظر الصفحتين 179،178 من هذا البحث .

ثانيا : حول بطـــلان عقد الصلح

ما يمكن ملاحظته استنادا إلى ما سبق تفصيله حول بطلان الصلح في الفقهيين الإسلامي و الوضعي أن تنوع البطلان إلى مطلق و نسبي في الفقه الوضعي لا وجود له في الفقه الإسلامي مع اعتماد كل منها لمسألتي أركان العقد و شروط صحته .

كما أن أسباب البطلان متشابهة بين الفقهيين في بعض الجوانب و مختلفة في جوانب أخرى.

كما أن من أبرز مظاهر التباين بين الفقهيين قاعدة عدم تجزئة بطلان الصلح الموجودة في الفقه الوضعي والتي لا وجود لها في الفقه الإسلامي على الإطلاق .

و تبقى مسألة آثار بطلان الصلح ، فهي واحدة في الفقهيين من حيث زوال العقد بأثر رجعي و إعادة المتصالحين إلى ما كانا عليه قبل إبرامهما لعقد الصلح .

خـــاتمـــة

وصلنا إلى خاتمة البحث بعد أن عرضنا الجوانب العامة و الرئيسية لعقد الصلح بشيء من التفصيل ، وذلك في الفقهين الإسلامي والوضعي .

فعن الفقه الإسلامي بحثت عن مواقف ساداتنا الفقهاء في المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة و اعتمدت في ذلك تسليط الضوء على أهم العناصر و الجوانب الخاصة بعقد الصلح من حيث مفهومه و تكوينه و أحكامه ، باستثناء المذهب المالكي الذي أوليته عناية خاصة يتميز بها عن المذاهب الأخرى ، وذلك لتعميمه في المسائل الشرعية على الجزائر خاصة و المغرب العربي عامة .

أما عن الفقه الوضعي ، فانطلاقا من أن الآراء الفقهية هي أساس النصوص التشريعية من حيث إنشائها و تعديلها و إلغائها ، فقد عمدنا إلى عرض الكثير من المواقف الفقهية مركزا على جملة من الفقهاء الفرنسيين لبحثهم في المسائل القانونية لعقد الصلح تعليقا على النصوص التشريعية الخاصة به ، واكتفيت بهؤلاء للتماثل الغالب مع التشريعات الأخرى بما فيها التشريع الجزائري .

و على ذكر التشريعات كان مجمل الدراسة في هذا البحث عن التشريعات الثلاثة الفرنسي و المصري والجزائري استنادا إلى السببين التاريخي والمصدري للنصوص القانونية ولتماثل هذه النصوص في فحواها ومدلولها .

غير أن التطرق لأحكام عقد الصلح في القانون المدني الجزائري بين المواد **459** إلى **466** منه ، كان بصفة موسعة وشاملة من حيث مدلول و مضمون هذه المواد و حتى من ناحية الصياغة اللغوية و اللفظية لهذه المواد وكذا بمقارنتها مع التشريعين المصري و الفرنسي .

بيد أن ما يدعو فعلا إلى الاهتمام إزاء تناول هذه النصوص التشريعية الجزائرية ـ وهو ما قمت به في هذا البحث ـ هو الحديث عن جانبين بارزين :

أولهما : ربط هذه النصوص الخاصة بالصلح مع القواعد و الأحكام العامة للعقود و البحث في نسبية الترابط بينها ، ومثالها ما سجلته حول الغلط في القانون إزاء عقد الصلح و كيف يختلف الأمر بين نص المادة **465** " لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون " مع ما هو مقرر في القواعد العامة المتعلقة بقابلية إبطال العقد للغلط في القانون .

و هذا الوجه من البحث وجدناه متراوحا بين الإيجابي و السلبي إزاء ترابط القواعد العامة مع الأحكام الخاصة بعقد الصلح .

ثانيهما : الانطلاق من البحث في المدلولين القانوني و اللغوي لأحكام عقد الصلح في هذه المواد للخروج بجملة من الملاحظات البسيطة وكذا الجادة التي يمكن اعتبارها كتقييم لهذه المواد من خلال النقد الموضوعي و اللغوي ، و هذه الانتقادات و الملاحظات التي تكون في مجملها اجتهادات و آراء للتعديل و التغيير لهذه المواد القانونية الجزائرية .

و التبرير العام الذي أورده في سياق الحديث عن هذه الملاحظات العامة والخاصة لهذه النصوص أنها بمثابة الفجوات و الثغرات القانونية التي حاولت سدها و معالجتها و العناية بها بما جنيته من خلال مقارنة الفقه الوضعي سيما النصوص التشريعية بالفقه الإسلامي و آراء المذاهب الأربعة المشهورة في جوانب الصلح .

و هذا الوجه الأساسي و الرئيسي هو المقصود من اعتماد الدراسة المقارنة ، أي أن معالجة عقد الصلح بهذه الدراسة المقارنة هو محاولة لإبداء وجهين متباينين :

أولهما : الإبقاء على الأحكام القانونية السليمة التي توافق الفقه الإسلامي عامة والمالكي خاصة و التي تمتاز بالصياغة اللغوية السليمة و المدلول الصائب لإحدى جوانب الصلح .
ثانيهما : محاولة إتمام و حتى تعديل النصوص القانونية التي رأينا أنها معيبة لغة وشرعا و مضمونا ، وهذا الوجه للإتـمام و التعديل يكون بما يمليه الفقه الإسلامي من حلول و آراء موسعة لنقائص و عيوب القوانين الوضعية .

وحسبي هذا من قصد و غاية ، إذ أن كل دراسة قد تختلف عن أخرى في منهجها و عرضها ونتائجها ، وقد جاء البحث بطريقة النقد و الملاحظة استنادا إلى الدراسة المقارنة .

وقد يظهر من هذا التبرير العام ومن خلال عرض البحث أنني عمدت إلى مقارنة أحكام القانون المدني بالشريعة الإسلامية على أساس عاطفي للدين الإسلامي و شريعته ، ولكن ـ والحقيقة أقول - حتى وإن كانت العاطفة للشريعة الإسلامية قائمة على اعتقاد بسلامتها وصحتها ، إلاّ أنني أخذت الشريعة الإسلامية لوسعها و بالتالي وسع حلولها وتعرضها للصلح و كذا لقوة مصادرها و سموها و في صدارة هذه المصادر القرآن الكريم و السنة النبوية المطهرة على صاحبها أفضل الصلاة و أكمل التسليم ، قال تعالى (كتاب لايأتيه الباطل من بين يديه و لا من خلفه) وقال (ما فرطنا في الكتاب من شيء) وقال عز وجل (حم تنزيل من الرحمان الرحيم كتاب فصلت آياته قرآنا عربيا لقوم يعلمون بشيرا و نذيرا فأعرض أكثرهم فهم لا يسمعون) وقال **رسول الله** صلى الله عليه و سلم (تركت فيكم أمرين ما إن تمسكتم بهما لن تضلوا بعدي أبدا كتاب الله و سنتي) .

ولست أدعي إظهار أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالصلح فهي وسائر الأحكام ظاهرة بسلامتها و صحتها ونجاعتها .

ولعل من أبرز مساعي هذا البحث المتواضع هو ربط عقد الصلح بشتى أنواعه ومجالاته بعمل القضاء ، فالقاضي الذي يواجه الخصومات بين المتقاضين يجد في الصلح أيما مخرج من هذه المشاكل و النزاعات .

فإذا كان حكم القاضي يرضي أحد الخصوم فإن الصلح يعتبر مرضاة للخصوم و للقاضي كذلك و للمجتمع بالبعد العام لأهمية عقد الصلح مثلما تقدم .

وعليه فقد عمدت إلى موازاة عمل القضاء ـ بحسب ما أراه ولو في دوائر ضيقة - مع الأحكام المتضمنة للحلول و المخارج القانونية التي يوفرها الصلح ، و البحث في مدى تطبيق القضاء للنصوص المتعلقة بالصلح في مجالاته المتعددة و كيف يعمل القضاء على إظهار التوجه التشريعي مثلما هو الحال في إظهار القضاء- من خلال إقامة لعقود الصلح - اعتماد المشرع الجزائري للأثر الكاشف في عقد الصلح على وجه العموم مع اعتباره ناقلا في بعض الحقوق سيما ما يقدره القاضي جزافا و بحسب المعتاد عند تصالح المتقاضين .

تبقى الإشارة و التلويح من جديد بما تضمنه هذا الجهد القاصر و البحث المتواضع من نتائج عامة عمومية محاور البحث في مفهومه وتكوينه وأحكامه ، ونتائج خاصة خصوصية ودقة بعض المسائل المثارة فيه مثلما فصلت في مسألتي إثبات الصلح بالكتابة و موقف المشرع الجزائري حول الأثر العام لعقد الصلح .

وقد أتبعت كل نتيجة وصلت إليها ـ بصفة عرضية أو بطريق المقارنة ـ بما أراه مناسبا بحسب الاجتهاد الخاص في جوانب الصلح والتي تتراوح بين مؤيدة ومعارضة لتلك النتائج والأحكام .

وبـعد كل ما سبق : حمدا لله الذي هدانا لـهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، ولست أزعم أن ما دونته صواب كله ، بل إنما أنا بشر أخطئ و أصيب ، وحسبي تدويني لما اطمأن إليه قلبي ، بعد أن تحريت الحق والصواب ، ولله العصمة ومنه التوفيق .

قال العماد الأصفهاني :

" إنـي رأيت أنـه لا يكتب إنسان كتابا في يومه ، إلا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر . "

وأسأل الله العلي العظيم أن يوفق الناس جميعا لـما فيه خير البلاد والعباد .

والحمد لله رب العالمين .

قائمـة المـراجع المعتـمدة

المراجع باللـغة العربـية :

1 / المراجـع العامـة

أولا : في الشريعة الإسلامية

أ / كتب علوم القرآن وتفسيره

01 - القاضي أبو بكر العربي

أحكام القرآن الكريم - تحقيق علي محمد البجاوي

الطبعة الأولى **1957** - دار إحياء الكتب العربية .

02 - الإمام الحافظ ابن كثير .

تفسير القرآن العظيم - نشر كتاب الشعب **1971** الطبعة الثانية .

03 - الإمام أبو عبد ا الأنصاري القرطبي .

تفسير القرطبي - الجامع لأحكام القرآن الكريم

طبعة دار الكتب والوثائق سنة **1390** هـ .

04 - الإمام جلال الدين السيوطي .

أسباب النزول - طبعة دار التحرير **1382** هـ .

05 - العلامة الراغب الأصفهاني .

معجم مفردات ألفاظ القرآن - طبعة دار الفكر بيروت **1970**.

ب / كتب الحديث الشريف والسنة النبوية :

06 - الإمام أبو عبد ا البخاري .

صحيح البخاري - الطبعة الأميرية - الطبعة الثانية **1963** .

07 - **الإمام احمد القسطلاني .**
إرشاد الساري إلى شرح صحيح البخاري - المطبعة الأميرية-الطبعة الخامسة 1293
08 - **الإمام مسـلم .**
صحيح مسلم - المطبعة الأميرية 1972 .
09 - **الإمام يحيى أبو زكرياء النووي .**
شرح صحيح مسلم - المطبعة الأميرية 1972 .

ج / كتب اللغة العربية والمعاجم :
10 - **أبو الفضل جمال الدين ابن منظور .**
لسان العرب - دار بيروت للطباعة والنشر 1981 .
11 - **السيد محمد مرتضى الزبيدي .**
تاج العروس - دار النشر والتوزيع - ليبيا 1990 .
د / الكتــب الفقــهية :
12 - **عبد الرزاق احمد السنهوري .**
مصادر الحق في الفقه الإسلامي - مؤلف من ستة أجزاء -
دار المعارف - الطبعة 03 - 1967 .
13 - **سيدي تاج الأولياء وإمام العارفين عبد الوهاب الشعراني .**
الميزان الكبرى - دار الشروق 1964 .
14 - **احمد أبو الفتح .**
المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية .
مطبعة البسفور شارع عبد العزيز 1925 .
15 - **محمد زيد الابياني .**
مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية
المطبعة الأميرية 1954 .
16 - **شفيق شحاته .**
النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية
منشاة المعارف بالإسكندرية 1960 .
17 - **احمد الغـندور .**
الطلاق في الشريعة الإسلامية والقانون - بحث مقارن - دار المعارف .
18 - **محمد الزحيلي .**
تاريخ القضاء في الإسلام - دار الفكر المعاصر بيروت .
19 - **سيد قطب .**
العدالة الاجتماعية في الإسلام - دار الشروق .
ثانيا : في الفقه الوضعــي :
20 - **توفيق حسن فرج .**
المدخل للعلوم القانونية - الدار الجامعية 1988 .
21 - **علي فيلالي .**

الالتزامات (النظرية العامة للعقد) – مطبعة الكاهنة **1997** .
22 – نبيل إسماعيل عمر .
سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية
منشاة المعارف بالإسكندرية.
23 – سليمان مرقس
شرح القانون المدني – الجزء **02** – الالتزامات .
المطبعة العالمية – القاهرة **1964** .
24 – احمد أبو الوفاء .
التحكيم في القوانين العربية – الطبعة الأولى –
منشاة المعارف بالإسكندرية **1970** .

25 – زهـ ـدي يكن .
الملكية والحقوق العينية الأصلية
منشورات المكتبة العصرية – صيدا بيروت – الطبعة الثانية **1962** .
26 – سليمان احمية .
التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري – علاقات العمل الفردية
ديوان المطبوعات الجامعية **1994** .
27 – **سليمان أحمية .**
التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري – الجزء **01** –
مبادئ قانون العمل - ديوان المطبوعات الجامعية **1998** .
28 – **محمد حسنين .**
الوجيز في نظرية الالتزام – المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية **1983** .
29 – **عبد الرزاق السنهوري .**
الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء **01** –
دار إحياء التراث العربي – بيروت **1952** .
30 – **صالح فرحة زراوي .**
الكامل في القانون التجاري الجزائري – الأعمال التجارية –
ديوان المطبوعات الجامعية .
31 – **عبد المنعم فرج الصده .**
نظرية الحق في القانون المدني الجديد – المطبعة الحديثة – القاهرة **1975** .
32 – **عبد الكريم بلعيور** .
نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري والمقارن
المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر **1986** .
33 – **محمد حسنين** .

الوجيز في نظرية الحق بوجه عام
المؤسسة الوطنية للكتاب – الجزائر **1975** .
34 – **نصيرة بوجمعة سعدي** .
عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي – ديوان المطبوعات الجامعية .
35 – **محمد أبو زهرة** .
الأحوال الشخصية – المطبعة الأميرية **1948** .
36 – **احمد مسلم** .
أصول المرافعات – التنظيم القضائي
دار الفكر العربي – القاهرة .

2 / المراجـــع المتخصـــصة :

أولا : في الفـقـه الإسلامـــي

المذ هــب الحنفـــي :

37 – **الإمام أبو بكر محمد السرخسي**
المبسوط – الأجزاء **14** ، **20** ، **21** – طبعة دار المعرفة – بيروت **1406** هـ .
38 – **الإمام علي بن أبي بكر المرغيتاني** .
بداية المبتدئ – مطبعة محمد علي صبيح – القاهرة **1355** هـ .
39 – **محمد أمين** .
حاشية ابن العابدين – الجزء **05** – دار الفكر – بيروت **1386** هـ .
40 – **محمد ابن الحسين الشيباني** .
السير- الدار المتحدة للنشر – بيروت **1975**.
41 – **محمد بن احمد السمرقندي** .
تحفة الفقهاء – الجزء **03** – دار الكتب العلمية – بيروت **1405** .
42 – **الإمام علاء الدين الكاساني** .
بدائع الصنائع – الجزء **06** – دار الكتاب العربي – بيروت **1982** .
43 – **الإمام شهاب الدين الشلبي** .
حاشية على كنز الدقائق – المطبعة الأميرية **1315** هـ .
44 – **محمد قدري باشا** .
مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في المعاملات الشرعية
المطبعة الأميرية – **1909** م
45 – **زين الدين بن إبراهيم بن نجيم** .
البحر الرائق شرح كنز الدقائق – طبعة دار الكتب العربية **1952** م
46 – **أبو محمد بن موسى العيني** .
البناية في شرح الهداية – منشاة المعارف سنة **1978**

المذ هــب المـــالكـي :

47 - **الإمام محمد عرفة الدسوقي .**
حاشية الدسوقي - الجزء 03 - دار الفكر - بيروت 1967 .
48 - **عبد الوهاب الثعلبي المالكي .**
التلقين - الجزء 02 - المكتبة التجارية مكة المكرمة 1415 هـ .
49 - **احمد أبو البركات الدردير .**
الشرح الكبير - **الجزء**03 - دار الفكر - بيروت 1960 .
50 - **الإمام محمد المغربي .**
مواهب الجليل - الجزء 05 - دار الفكر - بيروت 1398

51 - **الإمام خليل بن موسى المالكي .**
مختصر خليل - دار الفكر - بيروت 1415
52 - **الإمام مالك بن انس - رضي ا عنه - .**
المدونة الكبرى - الجزء 11 - دار صادر - بيروت 1971 .
53 - **أبو عمر بن عبد البر القرطبي .**
الكافي - دار الكتب العلمية - بيروت 1407 هـ .
54 - **ابن رشد الحفيد الأندلسي .**
بداية المجتهد ونهاية المقتصد - المطبعة الأميرية - 1361 هـ .
55 - **القاضي أبو بكر بن محمد بن عاصم الأندلسي .**
شرح منح الجليل على مختصر خليل - مطبعة العلم - القاهرة 1959 .
56 - **السيد سابـق .**
فقه السنة - الجزء 03 - (المعاملات)
دار الكتاب العربي - بيروت - الطبعة 05 - 1983 .
المذهب الشافعي :
57 - **إبراهيم بن علي الشيرازي .**
المهذب - الجزء 02 - دار الفكر بيروت .
58 - **الإمام محمد بن إدريس الشافعي رضي ا عنه .**
الأم - الجزء 07 - دار المعرفة - بيروت 1393 هـ .
59 - **محمد الشربيني الخطيب .**
الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع - الجزء 02 - دار الفكر - بيروت 1415 .
60 - **إبراهيم بن علي الشيرازي .**
التنبيه - عالم الكتب - بيروت 1403 .
61 - **الإمام حجة الإسلام أبو حامد محمد الغزالي .**
الوسيط - الجزء 04 - دار الإسلام - القاهرة 1417 هـ .
62 - **سليمان بن عمر البجيري .**
الحاشية - الجزء 03 - المكتبة الإسلامية - تركيا .
63 - **الإمام النووي .**
روضة الطالبين وعمدة المفتبين - الجزء 04 - المكتب الإسلامي - بيروت 1405 هـ .

64 - **زكرياء بن محمد الأنصاري .**
فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب - الجزء 01 - دار الكتب العلمية - بيروت 1418هـ .
65 - **الإمام احمد بن الحسين الأصفهاني أبو شجاع .**
متن الإمام أبي شجاع - المطبعة الأزهرية 1324 هـ .
66 - **إبراهيم البرماوي .**
حاشية على شرح الغزي على متن أبي شجاع - المطبعة الأزهرية 1324 هـ .
67 - **محمد شمس الدين الرملي .**
نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - المطبعة الأميرية 1292 هـ .
68 - **أبو عبد ا محمد الغزي .**
شرح متن أبي شجاع - المطبعة الأزهرية 1324 هـ .
المذ هب الحـنبلــي :

69 - **إبراهيم بن مفلح الحنبلي**
المبـدع - الجزء 04 - المكتب الإسلامي 1400 هـ .
70 - **مرعي بن يوسف الحنبلي .**
دليل الطالب - المكتب الإسلامي - بيروت 1389 هـ .
71 - **أبو القاسم الخرقي .**
مختصر الخرقي - المكتب الإسلامي - بيروت 1403 هـ .
72 - **الإمام عبد ا بن قدامة المقدسي .**
عمدة الفقه - مكتب الطرفين - الطائف 1989 م .
73 - **إبراهيم بن ضويان .**
منار السبيل - الجزء 01 - مكتبة المعارف - الرياض 1405 هـ .
74 - **منصور بن يونس البهوتي .**
الروض المربع - الجزء 02 - مكتبة الرياض الحديثة 1390 هـ .
75 - **الإمام عبد ا بن قدامة المقدسي .**
الكافي في فقه الإمام احمد بن حنبل رضي ا عنه . الجزء 02
المكتب الإسلامي - بيروت 1988 م .
76 - **منصور بن يونس البهوتي .**
كشف القناع - الجزء 03 - دار الفكر - بيروت 1402 هـ .
77 - **الإمام عبد ا بن قدامة المقدسي .**
المغني - الجزء 04 - دار الفكر - بيروت 1405 هـ .
78 - **الإمام محمد بن أبي بكر بن القيم .**
إعلام الموقعين عن رب العالمين - المطبعة الحديثة - دمشق 1998 .

ثانيا : في الفقه الوضعــي .
79 - **عبد الرزاق احمد السنهوري .**

الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء **05** (العقود التي ترد على الملكية)
دار إحياء التراث العربي بيروت **1952** .
80 - **اكثـم الخولي** .
العقود المدنية (الصلح والهبة والوكالة)
مطبعة نهضة مصر - الطبعة الأولى **1957** .
81 - **يس محمد يحيى** .
عقد الصلح - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي **1978** .
82 - **محمد كامل مرسي** .
العقود المسماة - الطبعة الأولى - منشاة المعارف بالإسكندرية **1972** .
83 - **حسن علي الذنوب** .
شرح القانون المدني العراقي - العقود المسماة -
شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة - بغداد **1954** .
84 - **محمود جمال الدين زكي**
العقود المسماة - دار الكتاب العربي - مصر **1960** .
85 - **محمد علي عرفة**
شرح القانون المدني الجديد في التامين والعقود الصغيرة
مطبعة جامعة فؤاد الاول - القاهرة **1949** .
86 - **معوض عبد التواب** .
مدونة القانون المدني (تشتمل على المذكرة الإيضاحية للقانون المدني
المصري وأحكام النقض) - الجزء **01** - منشاة المعارف بالإسكندرية.
87 - **سعيدي صالـح** .
عقد الصلح - رسالة ماجستير - معهد الحقوق - ابن عكنون - **1999 / 2000** .

3/ **المـجــلات والدوريـات :**

88 - مجلة الأحكام العدلية **1305** هـ .
89 - مجلة المحاماة الشرعية .
90 - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية - مارس **1987** .
91 - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية - **1993** رقم **04** .
92 - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية - **1989** رقم **02** .
93 - المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية - **1997** رقم **04** .
94 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري - الجزء **04** .
95 - مجلة ودراسات - عدد **04** - سنة **1991** .
96 - مجلة ودراسات - عدد **04** - سنة **1990** .
97 - مجلة ودراسات - عدد **02** - سنة **1994** .
98 - مجلة ودراسات - عدد **01** - سنة **1992** .
99 - مجلة الحقوق - جوان **1994** عدد **02** .

100 - مجلة الحقوق - مارس 1984 عدد 01 .
101 - مجلة الحقوق - أبريل 1980 عدد 02 .
102 مجلة المحامون - أيلول 1992 - عدد 07 / 08 .
103 - المجلة القضائية - سنة 1992 - عدد 02 .
104 - المجلة القضائية - سنة 1993 - عدد 02 .
105 - المجلة القضائية - سنة 1994 - عدد 03 .
106 - مجلة الجمارك (عدد خاص) - مارس 1992 .
107 - مجلة التشريع والقضاء المختلط - السنة الأولى - السنة الخامسة .

المراجع باللغة الفرنسية :

108 – ACCARIAS
De la transaction en droit romain et en droit francais – these Paris **1863**.

109 – BAUDRAY- LACENINERIE
Precis de droit civil **9**eme edition –**1905**.

110 – BEUDANT
Cours de droit civil francais –Tome **12** –Paris **1947**.

111 – BOYER
La notion de transaction – contribution a letude des conception de cause et d acte d eclaratif – these pour le doctorat – Universite de Toulouse Paris **1947** .

112 – CARBONNIER
Droit civil – Tome **01**

113 – CHEVALLIER
L effet declaratif des conventions et des contrat – these Rennes **1932**.

114 – COLIN et CAPITANT
Cours elementaire de droit civil – Tome **02** – Paris **1948.**

115 – DUPRE JEAN FRANCOIS
La transaction en matiere penale – Paris .

116 – FROIMESCO
De lerreur dans la transaction – these Paris **1923**.

117 – GENY
Methode dinterpretation et source du droit prive positif– Paris **1899**.

118 – LAURENT. F
Principes de droit civil francais – Tome **28** – Paris **1887**

119 – PLANIOL et RIPERT (avec le concours de Rouest et Savatier)
Traite pratique de droit civil francais – Tome **11- 3**eme edition **1954**.

120 – TROPLONG
Le droit civi; explique- Livre **03** – Paris **1850**

الـــفهرس

المبحث الثالث

المبحث الــرابع